

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LIV

Број
7-9

2016

САДРЖАЈ

ТРГОВИНСКО ПРАВО

1. **Иванка СПАСИЋ**
Пословни систем франшизинга – шанса за привреднике у Србији 11
2. **Илија БАБИЋ**
Продаја по узорку или моделу 30
3. **Марко ЂУРЂЕВИЋ, Драган ПАВИЋ**
Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине
уговора у нашем савременом праву 45
4. **Мирјана РАДОВИЋ**
Предмет залогe на текућем рачуну 62
5. **Страхиња МИЉКОВИЋ, Горан ТИШИЋ**
Појам пакет аранжмана и повезаног путног аранжмана у светлу
нове Директиве ЕУ (2015/2302/ЕУ) 81
6. **Андреј МИЋОВИЋ**
Тајм-шеринг и повезани уговори 92
7. **Светислав ЈАНКОВИЋ**
Одговорност железнице за закашњење у предаји робе 112
8. **Христина ВОЈВОДИЋ**
Недостаци регулативе оперативног лизинга у Србији 129

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

1. **Радован ВУКАДИНОВИЋ**
Појам и правно регулисање страних инвестиција 147

2.	Александар ЂИРИЋ, Предраг ЦВЕТКОВИЋ Начело пуне заштите и сигурности стране инвестиције	163
3.	Небојша ЈОВАНОВИЋ Произвођачке организације у пољопривреди Европске уније	178
4.	Марија КРВАВАЦ, Јелена БЕЛОВИЋ Одређивање меродавног права у погледу статуса шравних лица	196
5.	Јадранка ДАБОВИЋ-АНАСТАСОВСКА, Ненад ГАВРИЛОВИЋ Раскид уговора услед неиспуњења преко увођења концепта битне повреде уговора у македонском праву	209
6.	Марија КАРАНИКИЋ МИРИЋ, Татјана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ Слобода прекограничног пружања услуга	226
7.	Сандра ФИШЕР ШОБОТ Обавеза продавца да преда документа која се односе на робу код уговора о међународној продаји робе	245
8.	Марко ЈОВАНОВИЋ Место пословања или седиште? О правном значају разлике у преводу Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе	259
9.	Марко ДИМИТРИЈЕВИЋ Институционалне основне банкарске уније	275
10.	Урош ЗДРАВКОВИЋ Концепт дистрибутивне правде у Светској трговинској организацији	286
11.	Андријана МИШОВИЋ Људска права и транснационалне корпорације – проблем одговорности	297
12.	Кристина АНЂЕЛИЋ Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (ICSID) као компромис између судског поступка и арбитраже	316

ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

1.	Слободан МАРКОВИЋ Интелектуална својина у књиговодству факултета	329
2.	Божин ВЛАШКОВИЋ О забрани регистрације ознака које су постале уобичајене у свакодневном говору или у добрим и сталним пословним обичајима	345
3.	Зоран МИЛАДИНОВИЋ Право аутора на измену уговорних одредби које се односе на висину ауторског хонорара	355

4.	Сања РАДОВАНОВИЋ Рачунарски програм као услуга у информационом друштву	372
5.	Драгица ПОПЕСКУ Фотографија као ауторско дело	390
6.	Соња ЛУЧИЋ Појам и допуштеност пародије ауторских дела	404
7.	Јелена ЂЕРАНИЋ Одговорност интернет посредника за повреду жига у праву Европске уније	413
8.	Јасмина ВУКОТИЋ Карактеристике издавачког уговора	428
9.	Свјетлана ИВАНОВИЋ Царинска заштита права интелектуалне својине и роба у транзиту у свјетлу нових прописа Европске уније	442
10.	Његослав ЈОВИЋ Начело територијалности и системи патентне заштите у Европској унији	458
11.	Ксенија ВЛАШКОВИЋ Актуелни став Европског суда правде о патентирању људских ембионалних матичних ћелија	473
12.	Владимир БОРОВАЦ Нека отворена питања у вези са заштитом чувених ознака од разводњавања	482
13.	Новак ВУЈИЧИЋ Сродноправна заштита база података – основни или допунски облик заштите?	497
14.	Мина ЈОВАНОВИЋ Жиг Европске уније, специфичности и спорна питања	517
15.	Вукашин ПЕТРОВИЋ Права на музичким делима за коришћење на интернету у светлу мултитериторијалног колективног лиценцирања	529

ПРАВО ОСИГУРАЊА

1.	Владимир ЧЛОВИЋ Реорганизација осигуравајућих друштава по Директиви „Солвентност II“	540
2.	Наташа ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ Заштита потрошача услуга осигурања и информациона парадигма (Одлука Народне банке Србије о заштити права и интереса корисника услуга осигурања)	555

3.	Слободан ИЛИЈИЋ На маргинама Закона о осигурању	577
4.	Катица ТОМИЋ Тржиште осигурања у Њемачкој и Аустрији – компаративни приказ	587
5.	Ненад ГРУЈИЋ, Аида МУСЛИЈОВИЋ Спровођење обавезе предуговорног информисања корисника услуге осигурања у пракси осигуравајућих друштава код нас	601
6.	Милош РАДОВАНОВИЋ Непознато моторно возило	624
7.	Мирјана ГЛИНТИЋ Стручне квалификације заступника и посредника у праву осигурања Републике Србије	636
8.	Тијана СТАНОЈЕВИЋ Органи управе акционарских друштава за осигурање по новом Закону о осигурању са посебним освртом на Закон о привредним друштвима	650
9.	Бојана БИЛАНКОВ, Душан АЛЕКСИЋ Добровољно пензијско осигурање као предлог решења кризе пензијског система	669

ПРАВО ПОТРОШАЧА

1.	Драган ВУЈИСИЋ Потрошачки уговори и гаранција за исправно функционисање продате ствари	695
2.	Катарина ЈОВИЧИЋ Право потрошача да одустане од уговора	713
3.	Михајло ЦВЕТКОВИЋ Реформа европских правила о дистанционој продаји робе потрошачима	727
4.	Жарко ДИМИТРИЈЕВИЋ (Не)могућност заштите потрошача услед „самовласног“ тумачења Закона о енергетици – пример члана 200.	740
5.	Маша МИШКОВИЋ Остваривање права потрошача по основу несаобразности робе	751

TABLE OF CONTENTS

COMMERCIAL LAW

Ivanka SPASIĆ

Business Format Franchising – Chance for Serbian Tradesman 29

Ilija BABIĆ

Sale by Sample or Model 44

Marko ĐURĐEVIĆ, Dragan PAVIĆ

A Few Thoughts about the Limitations of Freedom of Regulating
Contents of Contract in our Modern Law 61

Mirjana RADOVIĆ

Pledged Asset in Case of a Current Account Pledge 80

Strahinja D. MILJKOVIĆ, Goran TIŠIĆ

The Notion of the Package Travel and Linked Travel Arrangement in
the Light of the New Directive EU (2015/2302/Eu) 91

Andrej MIĆOVIĆ

Time-Sharing and Ancillary Contracts 111

Svetislav JANKOVIĆ

Liability of Railway Carrier for Delay in Delivery of Goods 127

Hristina VOJVODIĆ

Deficiency of Regulations of Operating Leasing in the Serbian Law 146

INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW

Radovan D. VUKADINOVIĆ

The Concept and Regulation of Foreign Investment 162

Aleksandar ĆIRIĆ, Predrag CVETKOVIĆ

Principle of Full Protection and Security of Foreign Investments 177

Nebojša JOVANOVIĆ

The Agricultural Producer Organisations in the European Union 195

Marija KRVAVAC, Jelena BELOVIĆ

The Status and Capacity of Legal Persons in Private International Law 208

Jadranka DABOVIĆ-ANASTASOVSKA, Nenad GAVRILOVIĆ	
Termination of Contract Due to Fundamental Breach of Contract in Contemporary Macedonian Law	225
Marija KARANIKIĆ MIRIĆ, Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ	
Freedom to Provide Cross-Border Services	244
Sandra FIŠER ŠOBOT	
Obligation of the Seller to Hand Over Documents Relating to the Goods in Contracts for the International Sale of Goods	258
Marko JOVANOVIĆ	
Place of Business or Seat? Some Remarks on Legal Relevance of Mistranslation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods	274
Marko DIMITRIJEVIĆ	
Institutional Basis of Banking Union	285
Uroš ZDRAVKOVIĆ	
Concept of Distributive Justice in World Trade Organization	296
Andrijana MIŠOVIĆ	
Human Rights and Transnational Corporations – Responsibility Problem	315
Kristina ANĐELIĆ	
International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) as a Compromise Between the Judicial Proceedings and Arbitration	327

INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Slobodan MARKOVIC	
Accounting Intellectual Property at Faculties	344
Božin VLAŠKOVIĆ	
On Prohibition of Registration Signs which Have Become Customary in the Current Language or in Good and Constant Business Practices	354
Zoran MILADINOVIĆ	
The Right of the Author to Change the Agreement Provisions Related to the Amount of the Authors Compensation	371
Sanja RADOVANOVIĆ	
Computer Program as a Service in the Information Society	389
Dragica POPESKU	
Photography as a Work of Authorship	403

Sonja LUČIĆ	
The Concept and Admissibility of Parody Copyright Works	412
Jelena ĆERANIĆ	
Liability of Internet Intermediaries for Trademark Infringement in the European Union Law	427
Jasmina VUKOTIĆ	
Characteristics of Publishing Contract	441
Svjetlana IVANOVIĆ	
Customs Protection of Intellectual Property Rights and Goods in Transit in the Light of New Regulations of the European Union	457
Njegoslav JOVIĆ	
The Principle of Territoriality and Systems Patent Protection in the European Union	472
Ksenija VLAŠKOVIĆ	
Current Position of the European Court of Justice on the Patenting of Human Embryonic Stem Cells	481
Vladimir BOROvac	
Some Open Issues Regarding the Protection of Famous Trademarks Against Dilution	496
Novak VUJIČIĆ	
The Related Right's Protection of Databases – The Main or the Additional Mode of Protection	516
Mina JOVANOVIĆ	
European Union Trademark, Specifics and Contentious Issues	528
Vukašin PETROVIĆ	
Rights in Musical Works for Online use in the Light of Collective Multi-Territorial Licencing	539
INSURANCE LAW	
Vladimir ČOLOVIĆ	
Reorganization of Insurance Companies by the Directive „Solvency II”	554
Nataša PETROVIĆ TOMIĆ	
Protection of Consumers of Insurance Services and Informative Paradigm (Decision of National bank of Serbia on how to protect rights and interests of consumers of insurance services)	576

Mag. Slobodan ILIJIĆ	
On the Margins of the Insurance Law	586
Katica TOMIĆ	
Austrian and German Insurance Market	600
Nenad GRUJIĆ, Aida MUSLIJOVIĆ	
The Obligation of Insurance Companies to Provide the Consumers of Insurance Services With Pre-Contractual Information in Practice of Serbian Insurance Companies	623
Miloš RADOVANOVIĆ	
Unknown Motor Vehicle	635
Mirjana GLINTIĆ	
Professional requirements For Licensed Brokers and Agents in the Insurance Law of the Republic of Serbia	649
Tijana STANOJEVIĆ	
Management of Joint Stock Insurance Company Regulated by the Insurance Law with Special Focus on Law on Companies	668
Bojana BILANKOV, Dušan ALEKSIĆ	
Voluntary Pension Insurance as a Method of Solving the Pension System Crisis	694
CONSUMER LAW	
Dragan VUJISIĆ	
Consumers Contracts and Guarantee for Proper Functioning of Sold Goods	712
Katarina A. JOVIČIĆ	
The Consumer Right of Withdrawal the Contract	726
Mihajlo CVETKOVIĆ	
Reform of the European Rules on Consumer Contracts – Distance Sales	739
Žarko DIMITRIJEVIĆ	
(In)Ability of Consumer Rights Protection Due to Arbitrarily Interpretation of Article 200 of Law of Energetics	750
Maša MIŠKOVIĆ	
Exercising Consumer Rights in Case of Non-Conformity of Goods	772

ТРГОВИНСКО ПРАВО

Др *Иванка СПАСИЋ*
редовни професор Универзитета „Привредна Академија“
у Новом Саду и научни саветник

ПОСЛОВНИ СИСТЕМ ФРАНШИЗИНГА – ШАНСА ЗА ПРИВРЕДНИКЕ У СРБИЈИ

Резиме

Франшизинг, као посао уговорне кооперације између правно независних субјеката, представља веома ефикасан облик ширења мреже привредног пословања у домену успостављања система продаје роба и вршења услуга по одређеном, стандардизованом, системском моделу. Франшизинг је проверено успешан модел пословне сарадње за оба кооперанта (обе уговорне стране – даваоца и корисника франшизинга). Хронолошки гледано, од свог настанка до данас, франшизинг се развијао попримајући све сложеније облике са све већим степеном интеграције у систем, све до данашњег развијеног облика *business format franchising-a*. Због својих несумњивих предности у домену савременог привредног пословања, као и користи које установљавају за обе уговорне стране, франшизни послови су широко прихваћени широм света. Имајући у виду тренутно стање српске привреде, потребу за новим ефикаснијим облицима пословања као и за проналажењем успешнијих видова инвестирања, евидентно је да би бржи и успешнији развој франшизних послова био веома потребан и препоручљив.

У раду се, поред специфичности франшизинг посла и пратећих уговора, анализирају потребе и могућности српске привредеза развој овог облика привредног пословања. У контексту услова за развој франшизинга нарочита пажња посвећена је правном оквиру чију окосницу представљају решења дата у Нацрту Грађанског законика.

Кључне речи: франшизинг, уговор о франшизингу, „*Business format franchising*“, Нацрт Грађанског законика.

І Франшизинг посао и франшизни систем

Франшизинг представља специфичну дистрибутивну технику (облик вертикалне сарадње између учесника у ланцу дистрибуције) која интегрише дистрибутивни систем уговором уместо ланцем власништва којим се управља из једног центра.¹ Изнета дефиниција једна је од више односно већег броја могућих.² Како ће се појмовно-теоријски одредити франшизинг зависи од тога који се од његових аспеката у конкретном случају посматра. Генерално говорећи сваки од привредних послова има своју економску страну (суштину), свој разлог постојања и своје особености. Да би се, у правном окружењу, могао уобличити и реализовати, одређени привредни однос добија своју правну форму. Ту правну форму чини уговор, а уговори су, другим речима, правна средства за реализацију одређених економских односа (послова). И економски и правни аспекти привредног посла могу се у циљу изучавања посматрати изоловано, али у „реалној стварности“ они представљају нераскидиву целину. Уговори (као правни аспекти) добијају специфичне карактеристике зависно од економских специфичности посла који се њима реализује. Код уговора насталих у пословној пракси, којима франшизинг несумњиво припада, то је нарочито уочљиво. Имајући у виду претходно изнето становиште, у економском смислу речи, дакле, франшизинг посао представља облик сарадње (кооперације) самосталних привредних субјеката који се заснива уговорним путем.³ Познато је да у привреди паралелно егзистирају и други видови пословне сарадње чији основи настанка нису уговори између пословних партнера. Овакви, доста различити, облици сарадње имају првенствено статусни карактер.

Поред уговорног начина повезивања, битну специфичност франшизних послова представља и самосталност односно правна независност пословних партнера као и висок степен пословне повезаности,⁴ која расте са развојем и унапређивањем франшизних система. Једну од врло важних особености франшизинга, као облика пословне интеграције, представља и чиње-

1 V. R. Emerson, „Franchising and the Collective Rights of Franchisees, *Vanderbilt Law Review*, vol. 43:1503, 1508

2 Врлега Круљ, *Правни режим и облици концентрације у привреди*, Београд, 1987, 149; Деша Мликоћин-Томић, *Уговор о франшизингу*, Загреб, 1986, 14; Knigge, *Franchise sisteme*, Berlin, 1973, 36; Stenwort-Kirby, „Franchising and the Franchise Relationships“, *Директор*, бр. 1/1991, 49.

3 Иванка Спасић, *Франшизинг посао*, Београд, 1996, 14; Младен Драшкић, *Уговор о франшизингу*, Београд, 1983, 13.

4 Корисник франшизинга послује под фирмом даваоца, користи његове робне ознаке и дистинктивне знакове, користи даваочев *know-how* односно његове пословне и техничке методе и искуство.

ница да се он заснива на принципу и методама стандардизације роба и услуга. Профилисани стандард по коме се роба и услуге једног учесника у франшизинг послу препознају (и разликују од сличних и других франшизних система) представља саставни и врло битни део њиховог пословног *image*-а.

Хронолошки посматрано франшизинг се, у пословном свету, појавио почетком прошлог века, креирала га је инвентивна и прагматична америчка пракса следећи незадрживе импулсе привредног развоја. Пуни процват и експанзију франшизинг пословање достиже средином двадесетог века; од тада франшизинг послови се непрестано усложњавају, мењајући се од почетних – релативно једноставних облика продаје робе и вршења услуга, до савремених пословних система које карактерише велики степен пословне интеграције и стандардизације.⁵ Осим све веће сложености и софистицираности посла франшизинг се, као пословни систем, шири обухватајући све већи број привредних делатности⁶ од дистрибуције (где се првобитно појавио), преко области малопродаје (*fast food* ресторани, продавнице „брзе хране“, продаја одређених производа, ауто делова, сервиси), области туризма, хотелијерства и камповања, послова изнајмљивања и закупа (изнајмљивање аутомобила, камиона, јахти, чамаца и других пловила), области услуга -пословних и персоналних (сервиси разних врста), области личних услуга као и услуга образовања. Може се рећи да се франшизинг посао, у данашње време, инфилтрирао у све области привреде сем у област тешке индустрије и пољопривреде.

У пракси франшизинг посао се реализује путем специфичног (*sui generis*) уговора. У зависности од врсте посла постоје и различити облици

5 У свом развоју франшизинг је прошао кроз две фазе, фазу „традиционалног“ и фазу „интегралног“ концепта. Традиционални концепт франшизинга карактерише превасходно уступање права продаје производа уз пренос права коришћења трговачког имена (*product and trade-name franchising*). Овај однос се појављује као однос испоручиоца и продавца у коме продавац прибавља и део „идентитета“ произвођача. Овај облик се назива и франшизингом „прве генерације“ а појављује се нарочито често код производње безалкохолних пића (*Coca-Cola, Fanta*) и ауто делова. Интегрални концепт франшизинга представља текућу сарадњу између даваоца и корисника франшизинга која, поред већ класичног уступања производа, услуга и *trade-mark*-а, обухвата и целокупно пословање, маркетинг стратегију, начин и методе рада, интелектуалну својину и *know-how*, надзор, контролу и помоћ даваоца. Овде се не продаје само производ већ се продаје (и цео) пословни концепт. Овај концепт познат је под називом „франшизинг пословног формата“ (*business format franchising*) аназива се још и франшизингом „друге генерације“. Опширније вид. Миле Јовић, „Франшизинг и пракса истине и заблуде, Корпорација (франшизинг) услов опстанка малих привредника и великих корпорација“, *Зборник радова са сабора малих привредника одржаног у Врњачкој Бањи 26-28 децембар 1990. године*, 4

6 Здравко Глушица, *Франшизинг*, Нови Сад, 1991, 29-33.

франшизних уговора (*unit, master, developement*, под-франшизинг и други типови уговора). Без обзира на врсту посла и њему припадајућег уговора, као и на њихове специфичности, сви облици франшизинг уговора имају неке заједничке карактеристике на основу којих би се могло закључити да, код франшизинг посла, једна уговорна страна давалац франшизинга уступа ексклузивно право продаје робе или вршења услуга другој страни кориснику франшизинга, омогућавајући му да наступа под његовим заштићеним именом (фирмом) уз коришћење његових лиценци, трговачких и робних жигова и других знакова разликовања, уз коришћење његових техничких и комерцијалних метода пословања (*know-how-a*), маркетинга и оглашавања. Давалац такође пружа и услуге стручне помоћи и обучавања кадрова. Корисник, послујући за свој рачун и на свој ризик у саставу франшизиног система, за уступљена права и извршене услуге, плаћа одговарајућу накнаду.⁷

Франшизинг, како је већ речено, спада у облике вертикалних интеграција; због свеprisутне потребе да се, на тржишту, што пре доспе до купца и потрошача услуга, као и да се ови придобију за сопствени производ, привредници су посегнули за различитим облицима сарадње, међу најважнијима су облици вертикалне сарадње. Вертикална сарадња је облик сарадње између привредника на различитим нивоима степена дистрибуције (произвођач-веледрогац-малопродавац).⁸ Сарадња може бити успостављена на различитим основима – власничком (корпоративном), управном (ауторитативном) или уговорном.⁹ Код корпоративног система постоји власнички однос једног предузећа над свим осталим субјектима у систему. Овакви пословни гиганти, код којих нема хијерархијског односа између елемента система, опстају само у повољним тржишним условима где постоји велика тражња.¹⁰ Други систем сарадње је тзв. ауторитативни, ово је неформални систем (нема својинског нити уговорног основа настанка), систем се успоставља на основу раније створене позиције, односно доминације. Будући да нема правног основа овај систем је „непостојан“ будући да је пословна доминација променљива категорија и зависи од економских односа. Овакви системи су, за разлику од претходних, флексибилнији и лако се мењају. Њихова главна мана је управо недо-

7 И. Спасић (1996), 46.

8 О односима ових категорија вид. Martin Mendelsohn, *The Guide to Franchising*, 5th ed., London - NY, 1992, 37-42.

9 Philip Kotler, нав. према: Владета Кандић, *Франшизинг као маркетинг стратегија предузећа*, магистарска теза, Београд, 1990, 10.

10 У случају да дође до пада тражње овакви гломазни системи неће се моћи брзо реструктурирати што представља њихову веома слабу страну, опширније вид. Тамара Миленковић-Керковић, *Уговор о франшизингу-тајна успеха*, Ниш, 1998, 31 и даље.

статак основа. Уговорни системи представљају облик повезивања учесника у ланцу дистрибуције (од производње до продаје робе или вршења услуга). Повезивање учесника у систему остварује се путем облигационих уговора; постоји више типова уговора о успостављању вертикалних интеграција, ту спадају уговори о ексклузивној дистрибуцији (*exclusive dealings*),¹¹ селективној дистрибуцији, ексклузивној куповини, агентури,¹² *requirement contracts*¹³ као и уговори о франшизингу (*franchising contracts*). Међу, за привреду најинтересантније, спадају облици ексклузивне дистрибуције и франшизинга.

Франшизни систем представља специфични (уговорни) облик пословног система, који настаје између даваоца и корисника франшизног (једног или већег броја њих). Како је већ речено корисник франшизинга стиче право да иступа у пословању под даваочевим пословним именом, да користи његове жигове, лого и друге дистинктивне знакове. Оно што је изузетно важно у том послу је чињеница да давалац преноси кориснику и своје пословно знање и искуство (*know-how*) које је суштина франшизинг пословања. Сем уступања поменутих права давалац у франшизинг послу пружа и стручну помоћ, врши инструктажу и обучавање кадрова а врши и друге (уговорене) услуге за корисника. Са друге стране давалац има право надзора над радом корисника франшизинга. У овом систему, једнообразно систематизованом и стандардизованом, уговорни партнери су правно независни и самостални субјекти (корисник делује у своје име, за свој рачун и на свој ризик). Без обзира на ту, иначе врло важну чињеницу, систем је доста чврсто пословно повезан и монолитан и једнообразан према трећима. Што је франшизни посао скоријег датума, његова сложеност је већа а степен унутрашње кохезије је виши.¹⁴ Наравно да унутрашња повезаност зависи од типа пословних веза које се конкретно успостављају.

11 Уговори о (ексклузивној) дистрибуцији се реализују у пракси посредством два уговора - генералног, који је оквирни и једног или више појединачних уговора. Оквирним споразумом се утврђују само битни елементи будућих уговора а појединачним се утврђују детаљи (наравно све ускладу са генералним). Вид. Иванка Спасић, „Уговори о дистрибуцији“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2013, 164.

12 *Agency* је установа англосаксонског права која у себи обједињује својства свих облика уговора о заступању (посредовање, заступање и комисион). Вид. Младен Драшкић, *Међународно привредно уговорно право*, Београд, 1984, 345 и даље.

13 Код *requirement contracts*-а, који су иначе донекле слични ексклузивној дистрибуцији, купац се обавезује да купи одређену количину робе ради даље продаје (препродаје). Продавац се не обавезује да ће ту робу продавати искључиво и само том купцу нити се, пак, купац обавезује да ће унапређивати продају и повећавати промет те робе. Ови уговори су чести у унутрашњем промету, рецимо, у области продаје пива и нафтних деривата.

14 Са развојем франшизинг посла системске везе се развијају, а целокупан систем усложњава.

II Уговори о франшизингу

Франшизинг уговор је облигациони уговор којим се реализује франшизинг посао (посао кооперације између пословно независних субјеката). Напред у тексту је дата општа и детаљна дефиниција уговора коју стога овде нећемо понављати. Уговор о франшизингу наравно увек садржи (битне) елементе заједничке свим уговорима (назнаку о коме се уговору ради, називе и податке који се тичу уговорних страна, означање предмета уговора, утврђивање обавеза странака, рокове извршења, датум и место закључења уговора и слично). Осим општих, франшизинг уговори садрже и велики број специфичних елемената који се односе на права и обавезе странака, њихову одговорност, накнаду штете, рокове трајања и могућност продужења уговора и слично. Због ограничености простора није могуће детаљније анализирати све специфичности овог уговора, стога ћемо истаћи само најбитније. Неке од специфичности франшизинга односе се на фазу пре закључења уговора (предуговорну), док се друге односе на саму уговорну садржину (специфичности у вези са правима и обавезама странака).

Пре кратке анализе специфичности франшизинг уговора треба поменути да постоји више облика и врста франшизинг уговора (будући да има и већи број облика франшизних послова). Неки од облика франшизинг уговора специфични су само за међународно франшизно пословање док се други јављају у међународним и у домаћим пословима. Међународни франшизинг посао се може реализовати путем директног (*direct*) или путем мастер-франшизинг (*master-franchise*) уговора.¹⁵ Уколико овакви „класични“ облици реализације посла нису погодни могу се користити и други облици дистрибуције и уговори који их прате.¹⁶ Директно пословање обухвата појединачне (јединичне) уговоре (*unit franchising*) и развојне уговоре (*development agreement*). Код јединичних (или појединачних, будући да оба термина одговарају суштини) уговора давалац франшизинга уступа франшизе појединачним корисницима у иностранству (уговор је међународни).¹⁷ Као специфични облици реализације директног франшизинга могу се појавити и

15 UNIDROIT Водич за међународне споразуме о мастер-франшизингу, Рим 2007, Ниш 2010, 12.

16 Други пословни облици (и уговори) који се могу користити су уговори о „bare-bones“ лиценцама, „scaled down“ („умањеним“) верзијама мастер-франшизинга као и хибридни франшизно-лиценцни уговори; UNIDROIT Водич, 12.

17 Овакав облик пословања данас се мање користи, осим ако се ради о географски и културно блиским земљама (користи се углавном за „хотелијерски“ франшизинг).

огранци (*branches*) и подружнице (*subsidiaries*);¹⁸ уговорно гледано овде се ради о домаћим уговорима. Међународни франшизинг може се реализовати и путем заједничких улагања (*joint-venture*).¹⁹ Код развојних уговора *developer* добија право да отвори одређен број пословних јединица на утврђеној територији а у складу са претходно утврђеним планом.²⁰ Мастер-франшизинг уговор је такав уговор код кога (мастер) давалац франшизинга уступа локалном партнеру (*sub-franchisor-у*) ексклузивно право да на одређеној територији отвара пословне јединице и у њима послује и/или да та уступљена права и сам даље уступа својим подуговорачима – корисницима франшизинга. Локални партнер (или партнери) наступају као даваоци франшизинга на домаћем тржишту закључујући уговоре са (домаћим) корисницима франшизинга. Паралелно постоје два споразума – међународни (између мастер даваоца франшизинга и његовог локалног партнера) и један (или више) домаћих споразума између локалног даваоца и домаћих корисника франшизинга (не и потрошача).²¹ Код мастер уговора, као веома значајна јављају се питања односа између уговорних странака а изузетно битне су и последице које могу наступити у одређеним ситуацијама, пре свега, раскида мастер уговора.²²

1. Специфичности закључивања франшизинг уговора – предуговорна фаза

Због природе франшизних послова предуговорна фаза (фаза избора партнера и закључења уговора) веома је специфична. Свака од потенцијалних уговорних страна има своје озбиљне разлоге да сауговорача бира са великом пажњом. Даваоцу франшизинга није свеједно ко ће пословати под његовим заштићеним именом, ко ће се укључити у његов по-

18 Опширније вид. Lena Peters, „The Draft UNIDROIT Guideto Franchising – How and Why“, *Uniforme Law Review*, бр. 4/1996, 700.

19 У случају стварања *joint-venture*-а давалац франшизинга и локални партнер стварају заједничко предузеће на циљном тржишту. Ово предузеће даље шири пословање ступајући у мастер споразуме и дајући под-франшизе. Вид. International Franchising: UNIDROIT-a, Study LXVIII, Doc. 6, 3

20 Опширније вид. Милан Париводић, *Уговор о Франшизингу*, докторска дисертација, Београд, 2002, 59 и даље.

21 О сложеним односима код мастер франшизинга вид. Иванка Спасић, „Мастер (генерални) споразум о франшизингу“, *Страни правни живот*, бр. 2/1997, 78.

22 Поставља се, наиме, питање да ли се раскидом мастер споразума аутоматски окончавају и сви под-франшизинг споразуми или не; ако се прихвати претежно становиште да долази до аутоматског окончања свих уговора може се поставити питање компензације коју треба да добију корисници франшизинга; опширније вид. И. Спасић (1997), 79.

словни систем, колико ће пословни партнер успети да идентификује своје пословање са давочевим и колико ће оно бити успешно. Потенцијалном кориснику је веома значајно да најпре „изабере“ заиста успешног даваоца франшизинга који има квалитетан производ и услугу, „заслужену“ пословну репутацију (*goodwill*), успешан маркетинг. Обема странама је пословна добит веома значајна. Због озбиљности ситуације у вези са (евентуалним) закључивањем уговора обе (потенцијалне) уговорне стране имају нешто проширене обавезе, али и захтеве.

Давалац франшизинга спроводи интервјуисање потенцијалних кандидата при чему има могућност и право постављања бројних и веома детаљних питања везаних за пословање будућег корисника франшизинга укључујући ту и сасвим лична питања, уколико сматра да она могу утицати на вођење посла и пословно одлучивање.²³ Што се давачевих предуговорних обавеза према кориснику тиче, оне су још озбиљније и бројније. Будући да непоштовање обавезе саопштавања података о пословању од стране даваоца може довести корисника у изузетно неповољну ситуацију, као и због чињенице да је, у пракси, било бројних злоупотреба давачеве повлашћене позиције, право је, у пракси, било приморано да се „умеша“ чак и у земљама које не карактерише претерана интервенција законодавца у пословним односима. Најпре ту мислимо на САД које су прве усвојиле правне акте о обавезности предуговорног обавештавања корисника о најважнијим детаљима у вези са пословањем.²⁴ Њихов пример следиле су друге англосаксонске²⁵ али и земље континенталног права.²⁶ Неке од земаља уређују питања предуговорног обавештавања самостално (као *lex specialis*), док га друге земље регулишу заједно са уређивањем других, пре свега, облигационих али и питања обавезне регистрације франшизинг уговора.²⁷

Конечно, због евидентног великог значаја питања предуговорног обавештавања усвојен је, под окриљем UNIDROIT, и Модел закон о обавезном предуговорном откривању података о пословању (*disclosure law*).²⁸

23 З. Глушица, 44. и даље.

24 САД су 1979. године донеле тзв. *FTC Rule* (обавезни проспект понуде), *UFOC* (формулар са прецизно одређеним обавезним ставкама) као и федералне тзв. *Baby FTC Rules* (аналогна правила о откривању података обавезна на територијама федералних јединица). Амерички прописи имају карактер *lex specialis*-а.

25 Канада, Аустралија.

26 Француска, Шпанија, Италија, Белгија, Шведска, Румунија, Албанија.

27 Тамара Миленковић-Керковић, „Због чега и како је потребно регулисати уговор о франшизингу у Србији“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 332.

28 UNIDROIT Model Franchising Disclosure Law, 2002.

2. Специфичности уговорне садржине (права и обавеза странака)

Садржину уговора чине права и обавезе странака. Најједноставније је обавезе груписати зависно од тога да ли се оне тичу даваоца или корисника франшизинга.

Даваочеве обавезе се могу поделити на оне којима се преносе специфична права и оне којима се врше одређене услуге. Када се ради о преносу права, давалац најпре има обавезу да (на корисника) пренесе искључиво право продаје робе и/или вршења услуга. Поред права продаје давалац преноси кориснику и право коришћења заштићеног пословног имена (фирме), лиценцу жига, лого, амблем, симболе као и друге знакове разликовања (дистинктивне знакове) које користи у пословању. Коначно давалац уступа кориснику и своје пословно знање и искуство (*know-how*). *Know-how*²⁹ (који може бити пословни и технички) представља резултат укупног даваочевог пословног знања и искуства, стеченог у пракси и примењиваног са успехом обично током довољно дугог периода да се вредност и успешност потврде пословном репутацијом односно бројном и задовољном клијентелом (*goodwill*-ом). *Know-how* се „преноси“ у виду сложених упутстава садржаних у специфичној „књизи упутстава“ (*Manual*).³⁰ За разлику од фирме, лиценци и дистинктивних знакова, који се штите правом (интелектуалне својине), *know-how* се штити тајношћу. Доступношћу ових сазнања само даваоцу и лицу коме он уступа право коришћења (кориснику франшизинга) чува се ово специфично знање од неовлашћеног коришћења и злоупотребе.³¹ Поред уступања права давалац има и обавезе вршења одређених услуга. Ту је, првенствено, обавеза образовања кадрова корисника који се морају оспособити за обављање делатности у сложеном франшизном систему. Поред сталног (почетног и текућег обучавања кадрова) давалац има и обавезу вршења одређених административних и техничких послова које обавезно прате ово сложено пословање. Коначно, врло значајна обавеза даваоца везана је за обављање послова маркетинга, успешним маркетингом постиже се популаризација франшизног система са једне стране а са друге добар и атрактиван маркетинг привлачи пажњу потрошача и опредељује их ка конзумирању одређених производа или коришћењу услуга. Поред поменутих најва-

29 О специфичностима, начину преноса (уступању) као и заштити *know-how*-а видети у Поглављу 11 UNIDROIT Водича за франшизинг, Рим 2007, Ниш 2010, 131-144.

30 М. Mendelsohn, 65-67

31 О различитим облицима заштите франшизинг послова вид. М. Mendelsohn, 207-214.

жнијих обавеза у области пружања услуга, давалац може обављати (за корисника) и друге услуге које су утврђене уговором.

Давалац наравно има право да врши надзор над радом корисника, како на почетку пословања тако и током његовог укупног трајања. Давалац има и право на накнаду (*Initial fee* и *Royalty*).³²

Корисник франшизинга има обавезу да плаћа накнаду (што је његова најважнија обавеза). Поред ове обавезе корисник је дужан да користи пренета права и уступљена знања у складу са одредбама уговора (у складу са стандардима и упутствима даваоца, али и правним прописима). Корисник најчешће има обавезу набавке робе од даваоца или лица које он одреди (ова обавеза је сасвим у складу са чињеницом да франшизни посао представља јединствену и једнообразну целину). Изузетно значајну обавезу корисника франшизинга представља чување пословне тајне. Већ је речено да одређена пословна знања, која се уступају кориснику, представљају резултат даваоцевог пословног знања и искуства, иновација, усавршавања и достигнућа. Заштита ових осетљивих знања лежи у њиховој тајности и недоступности осталим привредницима - пословним конкурентима. Стога је ова обавеза изузетно важна. Коначно корисник има и обавезу неконкурентције у односу на даваоца (током трајања уговора на одређеној територији али и по његовом престанку, током одређеног периода, корисник не сме користити уступљена знања и сазнате методе те њима конкурисати даваоцу). Корисник може имати и друге обавезе утврђене уговором.

Уговорну специфичност франшизинг посла представља и накнада. Франшизинг накнада је цена коју корисник франшизинга плаћа даваоцу за уступљена права и знања којима се користи у пословању. Специфичност франшизинга исказује се и у домену накнаде. Наиме, постоје две врсте франшизинг накнаде: „приступнина“ (*Initial fee*) и накнада у правом смислу речи (*Royalty*),³³ која се плаћа током читавог трајања уговора на уговорени начин (најчешће у проценту од пословања или периодично - месечно тромесечно, полугодишње итд.). Приступнина се може сматрати ценом уласка у франшизинг систем и плаћа се једнократно.³⁴ Уобичајена накнада, пак, плаћа се на неки од поменутих начина (у складу са договором странака).

32 М. Драшкић (1983), 55

33 И. Спасић (1996), 84-85.

34 О различитим аспектима приступнине и њеним специфичностима вид. М. Mendelsohn, 91-92.

Уговорне одредбе о правима и обавезама странака спадају превасходно у домен облигационог права, али се нека питања тичу и права конкуренције, финансијских прописа одредби о регистрацији појединих правних чињеница и стања и слично. Сем националних прописа који регулишу ову проблематику, који се могу и разликовати од земље до земље (нарочито када се ради о правима из интелектуалне својине и начину њиховог уступања, као и правилима о регистрацији), ова питања су и међународно регулисана актима у чијем је креирању и доношењу учествовао *UNIDROIT*. Правна питања франшизинга инволвирана у право конкуренције регулисана су одредбама права конкуренције ЕУ,³⁵ али и националним прописима (постоји веома висок степен усаглашености националних прописа са правом ЕУ).

III Могућности коришћења франшизинга у српској привреди

Франшизинг је „доказано добар“ пословни систем како са становишта корисника тако и даваоца франшизинга. Давалац франшизинга, франшизним пословима, унапређује и шири пословање и повећава углед свог пословног система (*goodwill*-а). Све неспорне предности франшизног посла за даваоца могу се окарактерисати као финансијске и кадровске. Наиме, давалац франшизинга шири мрежу пословања без сопствених инвестиционих улагања и без улажења у (пословне) ризике. Када се ради о кадровима њих ангажује корисник франшизинга, те тако давалац не мора да троши своје ресурсе и пословну енергију на њихово ангажовање и комплетно оспособљавање. Уобичајено је иначе да давалац обучава кадрове корисника (ради се како о почетном инструксању, тако и о каснијем усавршавању). Ова обавеза је предвиђена као саставни део сваког пословног франшизинг уговора. Осим поменутих предности за даваоца, франшизно пословање садржи и иманентни ризик да ће даваочев пословни систем бити компромитован пословањем корисника (обично из недовољног знања и пословног несналажења, много ређе из неке артикулисане намере).

Што се тиче користи од франшизинг пословања за корисника (варијанта у којој би се домаћи привредник појавио као корисник франши-

35 Одредбе чл. 81-86 Римског уговора (које се односе на све вертикалне споразуме); Уредба 4087/88 о блок-изузећима за категорију франшизинга (касније укинута); Уредба 2790/1999 о примени чл. 81(3) Уговора на категорије вертикалних споразума и усаглашених пракси; опширније вид. М. Париводић, 214. и даље.

зинга изгледа „реалнија“ имајући у виду стање националне привреде)³⁶ јасно је да потенцијални корисник франшизинга нема ни пословно знање ни искуство а ни капитал, стога је за њега франшизинг посао веома добро решење. Недовољно знање и искуство о пословању амортизују се уласком у франшизни систем који му пружа заштићено име, преноси му пословна знања, методе и технологију, маркетинг, обучава његове кадрове и врши надзор. Што се тиче недостатка капитала треба напоменути да ће, послујући у саставу даваочевог пословног система, корисник много лакше долазити до финансијских средстава јер ће предности „познатог имена“ (даваоца) учинити да много лакше стекне поверење кредитора. Коначно, у пракси је проверено да се ризици и трошкови пословања корисника, како они почетни тако и каснији, смањују уколико се он ангажује „у саставу“ даваочевог разрађеног пословног система. Треба још једном нагласити да, без обзира на висок степен пословне интеграције и укључености корисника у систем даваоца, правно ови пословни субјекти остају независни, то значи да корисник сам сноси трашак и ризик пословања (што наравно веома одговара даваоцу). Што се тиче негативних ефеката пословања по корисника јасно је да (уобичајена) уговорна неправност са негативним консеквенцама евидентно постоји (као и код свих пословних уговора где је једна страна пословно знатно јача од друге). Осим тога, корисник франшизинга током читавог пословног односа франшизинга трпи надзор даваоца. Уговори у већини случајева садрже клаузуле о одређеним рестрикцијама по окончању уговорног периода (немогућност коришћења стечених знања током одређеног периода, забрана откривања стечених пословних тајни и сл.).

Зачеци франшизинг пословања везани су за привреду СФРЈ, где се франшизинг пословање почело развијати малим корацима али успешно.³⁷ Нажалост распадом заједничке државе и увођењем санкција Србији деведесетих година франшизни послови су грубо окончани а пословни партнери из иностранства су се повукли са домаће пословне сцене.³⁸ Од краја 2007. ситуација у вези са франшизним пословањем се постепено поправља и нормализује. Одржавају се две међународне конференције о

36 Ипак, треба приметити да има и примера стварања и успешног уступања домаћих франшизних система као што су *AMC, Rakya Bar, ARCUS, DIS, Squadra Fische and Bar*, Галерија подова итд.

37 Вид. И. Спасић (1996), 179-186.

38 Једини пословни однос франшизиног типа који је „преживео“ санкције УН према Србији био је посао *Genex*-а са *Mc Donalds*-ом, будући да је посао функционисао у форми *joint-venture*-а. Као захвалност за „верност“ у најтежим тренуцима *McDonalds* је, и данас, у Србији, свакако једна од најпопуларнијих франшиза.

франшизингу а у оквиру ПКС се оснива Центар за франшизинг у оквиру кога се одвија и едукација привредника за франшизинг пословање. Што је још значајније велики број франшиза су у том периоду стигле у Србију, између осталих то су *Mango, Zara, Springfield, Stradivarius, Beriska, H and M*, (ови последњи стигли су нешто касније) затим *Costa Cofee, Fornetti*, па, *Top Shop, Dormeo, Office 1* и многи други. Тада се активирају и домаће фирме даваоци франшизинга које се у тој улози појављују не само на домаћем, већ и на тржишту најчешће суседних земаља (*АМС, Rakya Bar, Squadra Bar*). Може се констатовати да су домети франшизног пословања у Србији су још увек веома скромни, али ипак постоје.

Имајући у виду потребу и могућности српске привреде јасно је да би франшизно пословање требало поспешивати и популарисати, најпре због недостатка аутохтоних и развијених пословних система, нарочито у области продаје роба и услуга, хотелијерства и туризма, пружања личних, пословних и услуга образовања. Популарни и развијени системи ће, са једне стране, помоћи домаћим привредницима укључујући их и оспособљавајући за развијање пословања, а са друге привући ће домаће потрошаче. Када се говори о укључивању у франшизне пословне системе најчешће се мисли на тзв. мале и средње привреднике. За ове категорије учесника у привредном животу франшизинг послови могу бити заиста изванредно решење (наравно уколико се и држава потруди да са своје стране изађе у сусрет привредницима одређеним повластицама и олакшицама дажбина, такси, царина, повољнијим пореским а и осталим прописима који се дотичу овог вида пословања). Сем за мале предузетнике, поједини видови франшизног пословања, могу бити интересантни и за веће привредне предузетнике. Свакако би било потребно да садржава више ангажује како би се овај вид пословања више и ефикасније примењивао.

IV Нормативно уређење франшизинг посла; решења садржана у Нацрту ГЗ

Франшизни послови су у неким правним системима нормирани док у другима нису, при чему је опсег нормирања односно природа правних норми којима се посао уређује различита. Франшизинг послови се могу уређивати „непосредно“ прописима који се односе на сам франшизинг посао (или на нека његова питања) или се пак прописи могу односити на неку другу проблематику и при томе уређивати и нека питања из домена франшизинга. Најважнији су прописи који непосредно уређују материју франшизинга, ти прописи могу бити облигационе природе, затим прописи о

предуговорном обавештавању и откривању података (*disclosure law*), могу бити прописи о (обавезној) регистрацији франшизинг послова, а могу бити и прописи из области права конкуренције (будући да се франшизни послови убрајају у тзв. вертикалне споразуме). Због значаја франшизног пословања већина земаља има, у свом правном систему, барем неки од типова правног уређења франшизинг посла.³⁹ Могуће је и постоји и „комбиновано“ уређивање материје франшизинга (рецимо облигациона и питања откривања података и сл.). Овде нас наравно интересује ситуација у вези са правним уређењем франшизинга у Републици Србији.

Франшизинг посао у Србији није (за сада) уређен одредбама облигационог права, али је рад на концепитању Грађанског законика, који ће регулисати и франшизне послове, сада у фази нацрта. Што се тиче одредаба права конкуренције и франшизинга ова питања регулише Закон о заштити конкуренције,⁴⁰ који је донет имајући у виду одредбе Римског уговора ЕУ, као и свих уредаба, директива и пратећих аката ЕУ који се тичу ових питања. Закон о заштити конкуренције је достигао доста солидан ниво усклађености са концептима усвојеним у ЕУ када се ради о третирању вертикалних споразума (барем када се ради о актуелном тренутку развоја код нас) стога се на томе нећемо задржавати.

Предмет нашег интересовања овде представља концепт (или концепти) уређења франшизинга садржани у Нацрту ГЗ. Будући ГЗ ће се, наравно, бавити облигационим питањима франшизинга, али би требало да уреди и питања предуговорног обавештавања односно обавезног откривања података о пословању.

Текст Нацрта (у чл. 1260) предвиђа да се, уговором о франшизингу успоставља однос трајне сарадње између правно самосталних привредних субјеката; уговором се обавезује давалац (носилац франшизне пословне мреже) да кориснику пренесе одређена права и изврши (одређене) услуге ради укључивања корисника у пословни систем даваоца, а корисник се обавезује да за то плаћа накнаду (посредну или непосредну).

39 Детаљније о уређењу франшизинг пословања у упоредном праву вид. Т. Миленковић-Керковић, 332-335.

40 Закон о заштити конкуренције, *Сл. гласник РС*, бр. 51/2009, 95/2013; поред одредаба Закона (и то најпре одредаба чланова 10, 11, 12, 13 и 14, који се односе на рестриктивне споразуме и чланова 15 и 16, који се односе на забрану злоупотребе доминантног положаја, као и чл. 59 који се односи намере за отклањање повреде конкуренције) примењују се и одредбе садржане у пратећим уредбама уз Закон (пре свега Уредбе о садржини захтева за појединачно изузете рестриктивних споразума од забрана, *Сл. гласник РС*, бр. 107/2009).

Смисао посла је адекватно дефинисан као однос пословне сарадње, при чему је посебно истакнута битна чињеница правне независности учесника. Што се тиче одређења уговора започетог у првом ставу поменутог члана и „допуњеног“ ставовима 2 и 3⁴¹ треба констатовати да је можда било опортунитије засебно дати (целовит општи) појам уговора (технички) одвојен од појма посла чиме би се добило на јасноћи и прецизности дефинисања, иначе доста компликованог, уговора (ово је иначе искључиво техничко а не суштинско питање).⁴² Законски текст утврђује битне елементе,⁴³ писмену форму као и регистрацију франшизинг уговора.

Одељак 2 предложеног текста бави се питањима под-франшизинга; чланом 1263. се утврђује могућност да се, уговором о франшизингу, предвиди право корисника франшизинга (искључиво или неискључиво) да, право које му је франшизинг уговором уступљено, може (даље) преносити изабраним трећим лицима на основу закључивања уговора о под-франшизингу, а све у циљу ширења франшизне пословне мреже. Основни уговор је тзв. мастер (или генерални) уговор о франшизингу, а појединачни уговори су под-франшизинг уговори. У тексту није назначено да је „основни“ франшизни уговор мастер (што можда не би било лоше ради јасноће односа). Концепт мастер и под франшизинг споразума утврђен је одредбама UNIDROIT Водича за мастер франшизинг.⁴⁴ Мастер уговором може бити предвиђено да је за закључивање сваког појединачног (под-франшизинг) споразума потребна сагласност даваоца франшизе (то није

41 Давалац преноси кориснику франшизе искључиво право продаје робе или вршења услуга на одређеној територији, затим право коришћења пословног имена, уступа му права из интелектуалне својине, права коришћења комерцијалних, маркетиншких и техничких метода пословања и знања и искуства (*know-how*).

У ставу 3. је утврђено да давалац франшизе кориснику трајно пружа услуге обуке и помоћи у пословању као и услуге контроле и надзора над пословањем ради очувања идентитета франшизне мреже. Треба иначе напоменути да надзор и контрола представљају и право даваоца које он веома добро користи (а не само његову обавезу).

42 Предложена алтернативна варијанта чини нам се сувише „сведеном“ па стога може бити потенцијалним корисницима и нејасна. Развијена опција је боља али би је можда требало мало технички „преуредити“.

43 Означење робе и услуга чију ће искључиво продају обављати корисник; врсту, обим и трајање заштите пренетих права; начин преноса и садржину поверљивих (тајних) података који се уступају кориснику као саставни део франшизног пакета (пословни метод, пословно знање и искуство – *know-how*); врсту и обим услуга помоћи и обуке, као и обим контроле и надзора над пословањем корисника; висину, рокове и начин плаћања франшизинг накнаде; трајање; територију на којој се користе искључива права.

44 UNIDROIT Guide to International Master Franchise Arrangements, 2007.

обавезно). Начелно, уговором о под-франшизингу, не ствара се правни однос између даваоца франшизе из основног (мастер) уговора и корисника франшизе из под-франшизинг уговора (једног или више њих). Уговором је могуће другачије (супротно) решити ову ситуацију. Корисник франшизе сноси субсидијарну одговорност за штету причињену (мастер) даваоцу франшизе радњама корисника под-франшизе. Ове одредбе су у складу са решењима из Водича *UNIDROIT*-а. Значајно питање које дефинише Нацрт ГЗ је питање последица ништавости, раскида и престанка (мастер) уговора о франшизингу који доводе до аутоматског престанка под-франшизинг споразума.

Одељак 3 Нацрта уређује значајна питања предуговорног обавештавања и питање (чувања) поверљивости (података). Ова питања спадају у област тзв. *disclosure law*-а. Осим обавеза међусобног обавештавања и чувања поверљивих докумената и информација Нацрт утврђује (у чл. 1269) обавезу даваоца франшизе да, 20 дана пре закључења уговора, сваком потенцијалном кориснику, достави документацију која се састоји од извода уговора о франшизингу и документа који садржи пословна обавештења (информације о привредном субјективитету даваоца, пословању франшизног система и о франшизној мрежи). Предуговорна документација мора бити у писменој форми а пријем докумената мора потврдити корисник. Нацрт детаљно утврђује садржину документације о предуговорном обавештавању,⁴⁵ коју чине извод⁴⁶ и документ са пословним обавештењима.⁴⁷ Садржина података одговара онима предвиђеним Модел

45 Текст Нацрта употребљава термин документ у једнини а његов састав чине заправо два документа (нацрт уговора) и документ са пословним обавештењима. Мислимо да је термин уговорна документација адекватнији, јер подразумева оба документа и не ствара забуну.

46 Извод из предложеног уговора мора садржати податке о садржају, врсти и обиму искључивих права која се уступају; трајању уговора и условима за његово продужење; програмима, трајању и трошковима обуке корисника франшизинга; висини, роковима плаћања, начину обрачуна и плаћања накнаде; узајамним обавезама уговорних страна и последицама њиховог неизвршења; условима за раскид уговора од стране даваоца и корисника франшизинга; ограничењима која, у вези са територијом и категоријом потрошача, може имати корисник; забраном конкуренције у току и по престанку уговора.

47 Документ са пословним обавештењима мора садржати податке о привредном субјективитету даваоца франшизе (документ треба прецизно да одреди његов идентитет, пословну историју и пословно искуство). Поред тога, овај документ мора садржати податке о пословном систему франшизинга уз пружање описа елемената франшизе, статуса интелектуалних права, податке о роби и услугама које корисник (искључиво) набавља од даваоца као и финансијске податке значајне за пословање корисника. Сем ових, документ мора садржати податке о

законом о откривању података које је донео *UNIDROIT*. Одредбе *disclosure law*-а изузетно су важне и неопходне за омасовљавање франшизног пословања у Србији, стога је детаљно дефинисање ових одредаба веома добро и значајно (ове одредбе је иначе могуће уредити и *lex specialis*-ом). Уколико давалац не поштује прописе о предуговорном обавештавању, о којима је претходно било речи, корисник стиче право на поништај закљученог уговора.

Текст Нацрта у Одељку 4 и 5 дефинише обавезе и одговорности даваоца и корисника франшизинга, а у Одељку 6 питања ограничавања права уговорних страна. Одељак 7 се односи на трајање, престанак и могућност обнове уговора о франшизингу.

Све одредбе које се тичу права и обавеза даваоца и корисника франшизинга садржински одговарају свему у тексту напред реченом у вези са обавезама и правима уговорних странака. На овај начин та питања се уобичајено уређују у уговорима пословне праксе, тако их уређују и одредбе међународних докумената (Водича за франшизинг и Модел закона о откривању података); коначно, сличне одредбе садрже и многи национални прописи. Што се тиче ограничавања уговорних права и обавеза странака она се односе на просторна ограничења,⁴⁸ забрану уговорне и пост-уговорне конкуренције,⁴⁹ као и ограничења у начину продаје робе (и вршења услуга).⁵⁰

Што се тиче престанка уговора Нацрт ГЗ предвиђа да се франшизинг уговор може закључити на одређено и неодређено време; уколико је закључен на одређено време и то време истекне а уговорне стране наставе са извршавањем обавеза, уговор је прећутно продужен (на период од 2

франшизној мрежи који указују наискуство и пословне резултате даваоца у реализацији франшизинг пословања.

48 Генерално, давалац франшизинга се обавезује да не обавља самостално делатност и не врши искључива права која су предмет уговора на простору уступљеном кориснику. Корисник се, пак, обавезује да овлашћења врши само на простору уступљеном уговором.

49 Корисник не може прихватити права и услуге, које му уговором о франшизингу уступа давалац, истовремено и од трећих лица; годину дана по престанку уговора корисник се не може, ни непосредно ни посредно, бавити делатношћу, коју обавља на основу уговора о франшизингу.

50 Корисник франшизинга може искључиво продавати робу и вршити услуге одређене уговором; уговором се могу ограничити извори снабдевања, одредити понуда и асортиман робе, одредити начин утврђивања цена или начин рекламирања само ако то није противно одредбама правила конкуренције. Одредбе уговора којима се одређују цене или њихова доња граница од стране даваоца су ништаве.

године). Истеком уговора закљученог на одређено време корисник, који је уредно извршавао своје уговорне обавезе, има право на поновно закључење уговора са новим роком под истим условима. Уколико давалац одбија закључивање новог уговора корисник франшизе има права на накнаду за увећање вредности и пословног угледа франшизног система (*goodwill*). Корисник има право на ову накнаду, ако је током трајања уговора, значајно допринео повећању обима пословања и пословног угледа франшизне мреже (што опет подлеже одређеној конкретној процени).

Уговор о франшизингу престаје истеком рока на који је закључен, отказом (једне од страна), раскидом⁵¹ у случају неиспуњења обавеза једне уговорне стране и то за оне обавезе које су, као услови за раскид, предвиђене у уговору. У случају да је уговор закључен на неодређено време или на период дужи од 10 година, свака уговорна страна има право на отказ уговора уз писмено обавештење другој страни и отказни рок.⁵² Ако престану постојати искључива права уговор престаје да производи правна дејства.

О последицама престанка уговора делимично је већ било речи, наиме, корисник мора престати са коришћењем права која су му била уступљена, такође мора вратити сва документа која садрже *know-how* даваоца, мора се, такође, уздржавати од коришћења пословног знања и искуства које му је било уступљено а које је користио током одређеног периода времена. Ако је корисник допринео значајном повећању обима пословања или подигао углед и вредност пословне мреже има право на накнаду за увећање *goodwill*-а.

Коначно, можемо закључити да су решења предложена у Нацрту ГЗ у складу са решењима опште усвојеним и уобичајеним у пословној пракси; слична или истоветна решења садрже (и) бројна национална законодавстава (развијенијих, али и „осталих“ земаља). Оваква решења суштинских питања франшизинга садрже и међународни акти (Водич и Модел закон *UNIDROIT*-а). Треба истаћи, као нарочито значајно, нормирање питања предуговорног откривања података, будући да овај сегмент правне проблематике није регулисан одредбама класичног права (познато је да се класичне одредбе примењују у случају недостајућих конкретних одредаба, пре свега облигационих). Уз неке мање измене и нешто техничког дотеривања предложена решења сасвим би успешно регулисала сложену проблематику франшизинга и франшизних пословних односа.

51 До раскида уговора може доћи само услед битне повреде уговора.

52 Отказни рок не може бити краћи од 6 месеци.

Ivanka SPASIĆ, PhD

Professor at the University „Business Academy“, Novi Sad and Scientific Research Fellow

BUSINESS FORMAT FRANCHISING – CHANCE FOR SERBIAN TRADESMAN

Summary

Franchising, business collaboration between legally independent partners, represents very effective mode of spreading business network in the domain of selling goods and services according to systematically arranged and standardized models. Franchising is very successful model of cooperation for both business partners and contracting parties – franchisor and franchisee. Chronologically observed, from the moment of its start in the business practice till now, franchising was constantly developing, taking more and more sophisticated forms with higher level of system integration up to nowadays forms of business format franchising. Because of all its advantages in the modern business practice and the numerous utilities for both contracting parties, franchising is widely spreaded all over the world.

Having in mind actual state of Serbian merchants, constant needs for the new and more effective forms of doing business and finding more successful way of investing, it is obvious that the more effective way of developing franchising would be advisable.

Besides the specialities of the franchising and the franchising contracts, this article is analyzing the special needs and possibilities of developing this modern and effective mode of business cooperation in Serbian trade. Speaking about conditions for development of franchising, special attention is paid to the legal frame. The most important question concerning legal matters is the concept of franchising proposed into the Draft of Civil Code. Author discusses the most important propositions of the Draft, with his observations and suggestions.

Key words: *franchising, franchising arrangement, „Business format franchising“, CC Draft.*

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

ПРОДАЈА ПО УЗОРКУ ИЛИ МОДЕЛУ

Резиме

Уговором о продаји по узорку или моделу продавац се обавезује да купцу пренесе право својине на покретној ствари у складу са узорком или моделом, а купац се обавезује да од продавца прими ствар која је саобразна узорку или моделу и исплати му цену.

Кад је закључен уговор у привреди, продавац из уговора о продаји по узорку или моделу одговара за несаобразност робе са узорком или моделом, по правилима о одговорности за материјалне недостатке ствари. Тада се не узима у обзир незнатно одступање од саобразности. Ако испоручена роба није саобразна узорку или моделу купац може захтевати од продавца: да недостатак уклони или да му преда другу ствар која је саобразна узорку или моделу; снижење цене или изјавити да раскида уговор. Купац, у сваком од ових случајева може захтевати и накнаду штете. У уговорима грађанског права о продаји по узорку или моделу продавац, због несаобразности одговара по правилима о одговорности за неиспуњење обавезе.

Кључне речи: *продаја по узорку; продаја по моделу; саобразност робе; недостаци робе; одговорност за недостатке робе; прелазак ризика.*

I Уводне напомене

Продаја по узорку или моделу је вид уговора о продаји. Значајна је као уговор у привреди, али може бити закључен и као уговор грађанског права. Одредбе Закона о облигационим односима – ЗОО¹ које се односе на уговоре примењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито друкчије одређено (ЗОО, чл. 25, ст. 1.). Одредбе

¹ Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ, 57/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 31 /1993.

ЗОО које регулишу последице неиспуњења продаје по узорку или моделу предвиђају различиту одговорност продавца зависно од тога да ли је овај уговор закључен као уговор у привреди или уговор грађанског права.

Уговори у привреди су уговори које привредни субјекти закључују међу собом у обављању делатности које сачињавају предмете њиховог пословања или су у вези са тим делатностима (ЗОО, чл. 25, ст. 2.). Спорове који проистичу из уговора у привреди суде привредни судови. Данашње тачније одређење уговора у привреди проистиче из одредаба који прописују стварну надлежност привредних судови.²

Радни текст Грађанског законика Републике Србије³ продају по узорку или моделу регулише у члану 768. преузимајући решење усвојено у члану 538. ЗОО. Нажалост, није задржао исту формулацију као у члану 538. тако да је став 1. члана 768. радног текста Грађанског законика незграпно формулисан.⁴

II Дефиниција и сврставање уговора

Уговором о продаји по узорку или моделу продавац се обавезује да купцу пренесе право својине на покретној ствари у складу са узорком или моделом, који је предат после закључења уговора, а купац се обавезује да од продавца прими ствар која је саобразна узорку или моделу и испати му цену. Поједини правни писци истичу да је предмет продаје по узорку (под којом се подразумева и продаја по моделу) продаја потрошних ствари.⁵ Ово је тачно ако је узорак већ произведен и налази се у складишту продавца, а то не мора бити увек случај. Тако, сам будући ку-

2 Тако, привредни суд у првом степену суди: у споровима између домаћих и страних привредних друштава, предузећа, задруга и предузетника и њихових асоцијација (привредни субјекти), у споровима који настану између привредних субјеката и других правних лица у обављању делатности привредних субјеката, као и кад је у наведеним споровима једна од странака физичко лице ако је са странком у односу материјалног супарничарства. Вид. Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 40/2015 - др. закон, 106/2015, 13/2016, чл. 25, ст. 1.

3 Грађански законик Републике Србије од 29. маја 2016. године (радни текст), Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика.

4 Став 1, члана 768. радног текста Грађанског законика гласи: „У случају продаје по узорку или моделу код привредних уговора ако ствар коју је продавац предао купцу није саобразна узорку или моделу, у случају привредних уговора продавац одговара по прописима о одговорности продавца за материјалне недостатке ствари, а у другим случајевима по прописима о одговорности за неиспуњење обавезе“.

5 М. Тороман, 127.

пац може направити узорак или модел непотрошне ствари и захтевати да се роба испоручи саобразно том узорку или моделу. Дефиниција која овај облик уговора своди само на потрошне ствари није свеобухватна.

Члан 538. ЗОО који регулише продају по узорку или моделу, не даје њену дефиницију. С обзиром на то да је ова продаја посебан облик општег уговора о продаји, у дефиницију смо укључили и његове битне састојке. Сходно односу посебних норми према општим (*Lex specialis derogat legi generali* – посебан закон укида општи), на односе из уговора о продаји по узорку или моделу, који нису уређени чланом 538. ЗОО, примењују се одредбе којим је регулисан основни облик продаје (чл. 454-526. ЗОО). Али, ако поједине правне ситуације нису регулисане ни одредбама основног облика продаје, тада се на продају по узорку или моделу примењују одговарајуће одредбе из Првог, Општег дела Закона о облигационим односима (чл. 1-543. ЗОО).

Предмет обавезе продавца је предаја ствари (робе). И кад је предмет уговора о продаји у привреди будућа ствар (роба), она мора бити одређена у складу са чл. 458-461. ЗОО. Ако ствар као предмет обавезе продавца није одређена или одредива уговор је ништав (чл. 46. и 47. ЗОО). Супротно томе, кад уговором о продаји у привреди цена није одређена, овај уговор није ништав с обзиром на то да роба увек има цену (члан 462-466. ЗОО). Уговорне стране због тога настоје да својства ствари (робе) опишу. И написане или изговорене речи могу се доцније различито тумачити. Уговорним странама је једноставније да закључе уговор о продаји по узорку или моделу.⁶

Одредбе члана 538. као и остале одредбе ЗОО, примењује се на уговоре у привреди и уговоре грађанског права, осим ако за уговоре у привреди није изричито друкчије одређено (ЗОО, чл. 25, ст. 1).

Уговор о продаји по узорку или моделу има у виду, у првом плану, уговоре у привреди чији је предмет роба као покретна ствар, што изричито помињу неки трговачки и грађански закони који га регулишу. Тако се истиче да у овој продаји „роба одговара огледу или муштри“ (параграф 355. Трговачког закона за Босну и Херцеговину из 1883. године), да служи искључиво „за сравњење у погледу својства робе“ (члан 1522. Италијанског грађанског законика из 1942. године) итд.

Закон о облигационим односима првенствено регулише продају по узорку или моделу у привреди али и када је то уговор грађанског пра-

⁶ Александар Голдштајн, *Привредно уговорно право*, Загреб, 1980, 278.

ва, што произлази из синтагме „а у другим случајевима“ и за њих предвиђа различита правила о одговорности због несаобразности са узорком или моделом (члан 538). Члан 460. Закона о обвезним односима Хрватске (ЗООХ)⁷ преузима у суштини члан 538. ЗОО, али одговорност за несаобразност према узорку или моделу не одређује различито, зависно од тога да ли је то уговор у привреди или уговор грађанског права.⁸ Израз који употребљава члан 460. став 1. ЗООХ „а у другим случајевима“ има у виду остале двостранообавезне уговоре (на пример, уговор о делу према узорку или моделу).

Закон о облигационим односима Црне Горе⁹ институт продаје по узорку или моделу у целини преузима из члана 538. ЗОО.

III Разграничење

Продаја по узорку или моделу разликује се од куповине на пробу и продаје са спецификацијом. Продаја са спецификацијом је уговор о продаји ствари одрђених по роду у коме је купац овлашћен да доцније одреди квалитет ствари (облик, меру или које друге појединости ствари) достављањем продавцу спецификације у уговореном року или до протекла разумног рока од тренутка продавчевог тражења да то купац учини (чл. 539. ст. 1. ЗОО).

Између продаје са спецификацијом и продаје по узорку или моделу постоје разлике. Тако се, у време закључења продаје по узорку или моделу узорак или модел предају или показују продавцу односно купцу, док је спецификацију првенствено дужан извршити купац, у одређеном року, после закључења уговора.

Куповина на пробу је посебан вид продаје закључен под условом – да купац ствар испроба, која делује од тренутка када је закључен, ако се услов испуни. Услов је потестативан пошто зависи само од воље купца коме је ствар предата ради пробе – тј. од изјаве купца да ли ствар одгова-

7 Закон о обвезним односима Хрватске – ЗООХ, *Народне новине*, бр. 35/05, 41/08, 125/11 – други закон и 78/15.

8 Члан 460. ЗООХ гласи: 1) У случају купопродаје по узорку или моделу, ако ствар коју је продаваатељ предао купцу није једнака узорку или моделу, продаваатељ одговара по прописима о одговорности продаваатеља за материјалне недостатке ствари, а у другим случајевима по прописима о одговорности за неиспуњење обвезе. 2) Продаваатељ не одговара за недостатак једнакости ако је узорак, односно модел поднио купцу само ради обавијести и приближног одређивања особине ствари, без обећања једнакости.

9 Закон о облигационим односима Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 47/2008.

ра његовим жељама. У уговору се услов не претпоставља. Услов мора бити уговорен или да несумњиво произилази из околности случаја. Сама предаја ствари купцу на располагање, наиме, нема значај уговарања куповине на пробу. Супротно томе, уговор о продаји по узорку или моделу се закључује без услова¹⁰ тако да делује од тренутка закључења.¹¹ Утврђивање саобразности ствари предате купцу не може утицати на само закључење уговора него на могућност њеног извршења.¹² Ако продавац није испоручио робу према узорку или моделу, у уговору у привреди, одговараће по прописима о одговорности продавца за материјалне недостатке ствари, а у другим случајевима по прописима о одговорности за неиспуњење обавезе. Када је купац ствар купио на пробу, а она не одговара његовим жељама, сматра се да је одустао од уговора (ЗОО, чл. 534, ст. 1).

IV Закључење, дејство и престанак продаје по узорку или моделу

1. Појам и предмет узорка и модела

Овај уговор има за предмет покретну ствар, најчешће робу која је по својој природи по роду одређена ствар. Ствар одређена по роду се индивидуализује предајом узорка или модела. Тако се код узорка (мустре), после закључења уговора, предаје, по правилу, купцу узорак ствари или један број ствари према којој ће се испоручити уговором предвиђена количина. Продаја по узорку се често обавља када се продаје роба преко трговачког путника (ЗОО, чл. 97). Трговачки путник, по правилу, показује понуђеном одређени узорак робе (нпр. штофа за одела, материјала за хаљине, шаре које ће бити отиснуте на плочице, извезене по ћилимима, теписима)¹³ или му предаје модел (црепа, опеке, чизме итд.) према коме ће се, после закључења уговора испоручити одређена роба. Узорак или модел показује и предаје продавац али то може захтевати и купац на основу узорка (нпр. паркета, бетонског облика, дела гвоздене ограде). Узорак или модел могу бити у стварној величини или умањени.

10 Adolfo Rušnov, *Tumač Obćemu austrijskomu građanskomu zakoniku*, том II, Zagreb, 1891, 507.

11 Марија Тороман, *Врсте и модалитети уговора о куповини и продаји*, Београд, 1975, 125.

12 М. Тороман, 126.

13 Владимир Капор, „Купопродаја“, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права одруженог рада*, том I, Београд 1978, 876.

Појмови узорка и модела¹⁴ су се у ранијој правној науци и законодавству разликовали. Узорак је димензионалан - слика или цртеж који може да послужи за углед и пренесе се на производ, док је модел тело које представља производ или се на њему може применити.¹⁵ Спољашњи изглед производа (дизајн) штитили су, све до доношења Закона о правној заштити дизајна,¹⁶ закони о моделима и узорцима који су, на наведени начин, дефинисали и разликовали узорке и моделе. Изрази узорак и модел се данас, у облигационом праву, пракси и књижевном језику, све више употребљавају као синоними,¹⁷ или се продаја по моделу сматра варијантом продаје по узорку.¹⁸ Ипак, између узорка и модела се може уочити разлика.

Узорак је, по правилу, већ произведен и налази се у складишту продавца, док је модел узорак који продавац показује, а доцније и предаје купцу ако уговор буде закључен. Основни, обични облик узорка предвиђају уговорне стране својом вољом. Такав узорак је незнатан део робе на основу кога се одређује квалитет робе која ће се доцније предати купцу.¹⁹ Узорак може бити саставни део робе која ће се испоручити купцу. Стране, осим тога, одређују код кога ће се узорак чувати - код купца, посредника или трећег лица.

14 Реч модел потиче од латинске речи *modulus, i, m* (дем. од *modus*) која се преводи као мера, мерило, вид. Јован Ђорђевић, *Латинско-српски речник*, Београд 1997, 919. Италијанска реч *modello* предводи се као образац, узорак, мустра, вид. Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд 1970, 585; Стеван Куколеча, *Организационо-пословни лексикон*, књига 1, Београд 1990, 798.

15 Вид. Миодраг Јањић, *Индустријска својина и ауторско право*, Београд 1973, 127; Алберт Верона, *Право индустријског власништва*, Загреб, 1978, 144; Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2000, 173; Весна Бесаровић, *Интелектуална својина*, Београд, 2011, 138.

16 *Службени лист СЦГ*, бр. 61/04.

17 Узорак означава „1. део неке материје или огледни примерак робе који служи за показивање, проверавање квалитета, мустра. 2. оно на основу чега се ради, израђује други предмет, облик и сл. (шабра као модел за вез, шаблон за кројење и др.)“, а модел „узорак од дрвета, глине и др. према којем се одговарајућег материјала израђују или лију одређене фигуре“, вид. *Речник српског језика*, Матица српска, Нови Сад, 2007, 1383. и 724.

18 М. Тороман, 131.

19 Милош Исаковић, Петар Шурлан, *Опште узансе за промет робом и посебне узансе*, шесто издање, Београд, 165.

Од основног облика продаје по узорку разликује се продаја робе по врсти (типу) и према жигу (марки).²⁰ Стране се, приликом закључења уговора, могу позвати на одређени врсту (тип) робе и на тај начин се конкретизује обавеза продавца – продата је одређена количина житарица које још нису убране. То може бити учињено и показивањем одређеног типа или класе житарица или друге робе. Продавац није у обавези да купцу, после закључења, а пре испуњења уговора, преда одређену количину робе као код основног облика продаје по узорку или моделу. Врста робе се утврђује прописаним стандардом, а не вољом уговорних страна. Често је врста неке робе општепозната, с обзиром на то да се зна њен генерални узорак. Од продаје по узорку или моделу продаја по врсти неке робе се разликује по томе што она мора имати редовна (уобичајена) својства. Стога су у привредној пракси, кад је закључена продаја према врсти (типу) робе, дозвољена одређена мања одступања робе од стандарда. Ако је узорак робе предат „роба не треба да у свему одговара узорку већ приближно“.²¹ Утврђује се да ли тако продата ствар има уобичајена својства одговарајуће врсте робе.²²

У случају да је уговором одређено да ће се испоручити роба одређеног жига то је довољно да се предмет обавезе купца конкретизује. Жиг гарантује да роба има квалитет који се декларише. Према одредбама члана 1, ст. 2. Закона о жиговима,²³ жиг је право којим се штити знак који у промету служи за разликовање робе, односно услуга једног физичког или правног лица од исте или сличне робе, односно услуга другог физичког или правног лица. Стога се део робе која је означена жигом, после закључења уговора, не депонује код купца или трећег лица.²⁴ Продаја робе према одређеном жигу није, према томе, продаја по узорку или моделу и у случају да је узорак те робе са одређеним жигом предат купцу.

Модел је врста узорка који продавац предаје купцу или га купац предаје повериоцу после закључења уговора. Продавац је у обавези да саобразно моделу кога је он предао купцу или купац њему, изради и испоручи ствари купцу. Продаја по моделу има за предмет, по правилу, индивидуално одређене ствари, за разлику од продаје по обичном или тип-

20 „Жиг је право којим се штити знак који у промету служи за разликовање робе, односно услуга једног физичког или правног лица од исте или сличне робе, односно услуга другог физичког или правног лица“, вид. Закон о жиговима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009 и 10/2013, чл.

21 А. Голдштајн, 278.

22 Борислав Благојевић, *Грађанскоправни облигациони уговори*, Београд, 1952, 27.

23 *Службени гласник РС*, бр. 104/2009 и 10/2013.

24 М. Тороман, 132.

ском узорку која за предмет има ствари одређене по роду.²⁵ Продавац је у продаји по моделу обавезан да, као и код обичног узорка, испоручи ствари које су саобразне моделу, али ће се ове ствари тек произвести.

2. Правна природа уговора

Продаја по узорка или моделу је посебан вид уговора о продаји који делује од момента закључења.²⁶ Он безусловно ствара права и обавезе између обе уговорне стране (двостранообавезан уговор). Одредбе уговора које предвиђају продају по узорку или моделу значајне су приликом извршења а не закључења уговора.²⁷ Стране, по правилу, изричито уговарају продају по узорку или моделу. Ако стране изричито не уговоре продају по узорку или моделу, а узорак или модел су предати купцу или продавцу, може бити спорна природа овог уговора. Страна која се позива на то да је закључен уговор о продаји по узорку или моделу мора ове тврдње и доказати. Када изостане изричита одредба да је закључен уговор о продаји по узорку или моделу, а узорак или модел су предати купцу, продавцу или трећем за уговорне стране, сматра се узорак или модел поднесен купцу само ради обавештавања и приближног одређивања особине ствари без обећања саобразности (ЗОО, чл. 538, ст. 2.).

Продаја по узорку или моделу код уговора у привреди, али и кад је закључен уговор грађанског права, има за за предмет покретну ствар. То проистиче из својства узорка или модела и језичког тумачења израза узорка или модела из члана 538. ЗОО који је „продавац предао купцу“, односно продавац „поднео купцу“.

Уговор о продаји по узорку или моделу је именован и консенсуалан - настаје кад стране постигну сагласност о битним својствима уговора.²⁸ Он не подлеже никаквој форми, осим ако је законом друкчије одређено (ЗОО, чл. 67, ст. 1). Посебни закони ово начело сужавају до те мере да уговори у привреди морају бити закључити у писаној форми. Закон о рачуноводству и ревизији – ЗРР²⁹ обавезује привредне субјекте али и друга правна лица (ЗРР, чл. 1, ст. 2) да врше књижење пословних промена на имовини, обавезама и капиталу, приходима и расходима. Књижење се врши на основу рачуноводствених исправа, које могу бити у писаном

25 Исто.

26 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, 582.

27 Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Београд, 1977, 317.

28 С. Перовић, *Облигационо право*, 582; ЗОО, чл. 26.

29 *Службени гласник РС*, бр. 46/06 и 111/09.

или електронском облику. Закон о електронском потпису - ЗЕП³⁰ омогућио је сачињавање писане исправе - документа у електронском облику. Уговор грађанског права о продаји по узорку или моделу настаје и на основу неформалног споразума. Предаја узорка или модела купцу, продавцу или трећем лицу не чини овај уговор реалним. На тај начин се само детаљније одређује предмет уговора продавца и олакшава његово извршење.

Садржина овог облика продаје одређује се споразумом уговорних страна, након претходног преговарања о битним састојцима. Искључена је могућност да једна страна унапред припреми опште услове уговора и да продаја по узорку или моделу и даље задржи особине тог уговора. И када је предмет продаје ствар одређена по роду она се индивидуализује предајом узорка или модела.

Иако представља облик продаје, продаја по узорку или моделу није акцесорни него главни уговор, с обзиром на то да не зависи од неког другог уговора (те ни основног облика продаје).

3. Предаја и чување узорка и (или) модела

Узорак или модел се предаје на чување купцу или купац предаје узорак или модел продавцу да му према њему испоручи робу или трећем лицу (на пример, посреднику). Само показивање или предаја узорка или модела на овај начин не значи да је закључен уговор о продаји по узорку или моделу. Трговачки путник или посредник често показује колекцију узорака у рекламне сврхе код продаје плочица за облагање зидова, текстила, одеће, обуће итд. На тај начин се може придобити купац и лакше одредити својстава робе која се испоручује. Релевантно је са којим циљем се показује односно предаје узорак или модел.³¹ Ако је продавац поднео (показао) или предао купцу узорак или модел само ради обавештавања и приближног одређивања особина ствари (ЗОО, чл. 538, ст. 2) тада није закључена продаја по узорку или моделу. У том случају испоручена роба не мора бити саобразна узорку или моделу. Уговор је уредно испуњен ако је испоручена роба средњег квалитета.³²

30 Службени гласник РС, бр. 135/2004.

31 А. Голдштајн, *Привредно уговорно право*, Загреб, 1980, 278.

32 В. Капор, 876.

Уговорне одредбе примењују се онако како гласе.³³ Ако су одредбе којима је предвиђена предаја узорака или модела нејасне тако да једна страна сматра да је закључена продаја по узорку или моделу, а друга да су узорак или модел показани само ради обавештавања, нужно је тумачити нејасне одредбе. Приликом тумачења нејасних (спорних) одредаба истражује се заједничка намера уговорних страна у складу са начелима утврђеним у Закону о облигационим односима (ЗОО, чл. 99, а у вези са чл. 1-25).

Према узанси 141. Општих узанси за промет робом³⁴ сматра се да је аутентичан узорак који је запечаћен и на коме је етикета потписана од страна, или узорак којим је једна страна „под својим печатом предала другој, или узорак који посредник издвојио и запечатио својим печатом“.³⁵ Уколико има више узорака меродаван је онај који су стране као такве означиле (ст. 2 и 3). Печаћење узорка или модела се обавља након што их је купац претходно прегледао. Кад се на односе страна примењују одредбе ове узансе, предајом незапечаћеног узорка или модела једној од страна, не настаје продаја по узорку или моделу. Истиче се и мишљење да се не печати узорак који се налази код трговинског посредника, ако је он посредовао у закључењу уговора по узорку.³⁶ Да ли се узима један, два или више узорака стране одређују уговором, или на овај однос предвиђају примену троговачких обичаја. Ако продавац има свој, а купац свој узорак или модел релевантан је узорак који је продавац предао купцу.³⁷

Ако се узима узорак робе, која је предмет продаје, у тренутку испоруке робе да би се подвргла контроли квалитета, тада није закључен уговор по узорку или моделу, него објективна куповина на пробу (ЗОО, чл. 535). Овај уговор је закључен под одложним условом – да ли роба има одређена својства односно да ли је подобна за одређену употребу. Ако се контролом квалитета покаже да је тај услов остварен, настају права и обавезе уговорних страна.

Узорак или модел се морају чувати у непромењеном стању код једне од уговорних страна, код посредника или неком другом месту кога

33 „Што свако једнако разумије, томе тумача не треба“, вид. Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, чл. 994.

34 *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54.

35 На облигационе односе се примењују узансе ако су стране у облигационим односима уговориле њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтеле (ЗОО, чл. 21, ст. 2).

36 М. Тороман, 130.

37 А. Голдштајн, 279.

предвиде уговорне стране.³⁸ Могуће је да на узорку или моделу дође до промене. Према одредбама члана 222, став 1. Швајцарског законика о облигацијама, уговорна страна којој је поверен узорак није дужна да докажује идентичност узорка који показује са узорком који је раније примила. Страни која је узорак примила верује се „на основу њеног личног тврђења пред судом, чак и ако је узорак променио облик који је имао приликом пријема, ако је ова промена нужан резултат испитивања која су извршена“.

Кад се узимају два узорка или модела тада и купац и продавац чувају по један примерак до извршења уговора. На тај начин се утврђује аутентичност узорка и када није запечаћен.

Уколико узорак или модел кога је продавац предао купцу пропадне, поставља се питање ко сноси терет доказивања саобразности испоручене робе моделу или узорку, али и ко сноси ризик случајне пропасти или оштећења ствари, нарочито ако је ствар веће вредности? Ову правну ситуацију стране регулишу својим уговором. У случају да ови односи нису регулисани уговором, у нашем праву се на њих примењује трговачки обичај. Швајцарско право предвиђа да, ако се узорак покварио или пропао код купца, чак и без његове кривице, продавац није дужан да докажује да ствар одговара узорку. Тада је купац у обавези да докажује да испоручена роба не одговара узорку или моделу (ШвЗО, чл. 222, ст. 3).

Узорак (или модел) може имати незнатну вредност, али и већу вредност у односу на робу. Стране уговором предвиђају да ли се узорак или модел враћају продавцу приликом испоруке робе или се задржавају и урачунавају у вредност испоруке. Ако је купац обавезан да врати узорак или модел после испоруке робе, он је држалац, а ризик случајне пропасти или оштећења ствари сноси продавац.³⁹ Могуће је да су стране уговором предвиделе да купац задржава модел или узорак и да се због мање вредности не урачунава у испоруку робе. Тада купац, у моменту када му је узорак или модел предат, стиче на њему право својине (Закон о основама својинскоправних односа, чл. 34)⁴⁰ и сноси ризик случајне пропасти или оштећења.

38 М. Тороман, 130.

39 С. Перовић, 582.

40 *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени лист РС*, бр. 115/2005 – други закон).

4. Саобразност

Из уговора о продаји по узорку или моделу проистиче и обавеза продавца да купцу испоручи робу која одговара узорку или моделу. Такође, и купац има овлашћење и обавезу да прими само робу која је саобразна узорку или моделу. Члан 538, став 1. ЗОО одређује одговорност продавца „ако ствар коју је продавац предао купцу није саобразна узорку или моделу“. Кад је закључен уговор у привреди, продавац из уговора о продаји по узорку или моделу одговара по правилима о одговорности за материјалне недостатке ствари – тј. по одредбама чл. 478-500. ЗОО. Члан 478, став 3. ЗОО прописује да се незнатан материјални недостатак не узима у обзир. Сходно томе не узима се у обзир ни незнатно одступање од саобразности испоручене робе са моделом или узорком. Овај став одговара привредном животу, јер је врло тешко произвести робу која у потпуности одговара узорку или моделу.

Опште узансе за промет робом одређују да, кад је закључена продаја по узорку „испоручена роба мора у свему одговарати узорку“ (узанса 141, ст. 1). Овај став потпуне саобразности испоручене робе са узорком или моделом усвојен је, на пример, у италијанском праву, немачком праву и праву САД-а. Члан 1522, став 1. ИГЗ прописује да узорак „треба да послужи искључиво за сравањење у погледу својства робе, и у том случају, свака разлика даје купцу право да раскине уговор. Немачки грађански законик, у члану 494. сматра да су, код продаје по узорку, својства узорка „зајамчена“. Из ових одредаба проистиче да није допуштено одступање од узорка. Такође, Једнообразни трговачки законик САД-а предвиђа да сваки узорак или модел који је послужио као основ за преговоре за закључење уговора „представља изричито јемство да ће сва роба одговарати томе узорку или моделу“. За постојање изричитог јемства није неопходно да продавац употреби формалне термине као што су „јемство“ односно „гаранција“ или да је посебно вољан да јемчи (члан 2-313, ст. 1, тач. ц и ст. 2). Ове одредбе имају у виду прећутну гаранцију. Сматра се да прећутна гаранција настаје „независно и изван уговора“ и да је закон „прикључује уговору“.⁴¹

5. Одговорност за материјалне и недостатке

Ако ствар коју је продавац предао купцу код уговора у привреди није саобразна узорку или моделу, продавац одговара по прописима о

41 Врлета Вруљ, *Дејства уговора о купопродаји*, Београд, 1972, 108 и 109.

одговорности за материјалне недостатке ствари, „а у другим случајевима по прописима о одговорности за неиспуњење обавезе“ (ЗОО, чл. 538, ст. 1). Израз „у другим случајевима“ требало би тумачити тако да он има у виду продају као уговор грађанског, а не привредног права.

Уколико роба коју је продавац предао купцу није саобразна узорку или моделу, постоји материјални недостатак (ЗОО, чл. 479, тач. 4). Узима се у обзир недостатак који је постојао у часу преласка ризика пропасти или оштећења ствари са продавца на купца. Продавац одговара за материјални недостатак без обзира на то да ли му је недостатак био познат. У нашем праву се прелазак ризика везује за предају (испоруку) ствари (робе). Продавац сноси „ризик случајне пропасти или оштећења ствари“ док је не преда купцу, „а са предајом ствари ризик прелази на купца“ (ЗОО, чл. 456). Случајна пропаст или оштећење ствари постоји ако продавац, а ни купац, нису одговорни за пропаст или оштећење ствари (ЗОО, чл. 354).

Кад је пропала ствар одређена по роду коју је продавац требало да испоручи, његова обавеза не престаје (*genera non pereunt* – род никад не пропада). У том случају продавац је дужан да преда исту количину истог рода ствари (ЗОО, чл. 355, ст. 1) само ако су те ствари саобразне узорку или моделу тј. одговарајуће каквоће (ЗОО, чл. 311, ст. 2). Пропаст индивидуално одређене ствари коју је купцу требало да преда продавац, за коју он не одговара, доводи до престанка уговора.

Прелазак ризика за пропаст или оштећење ствари, у нашем праву, везује се за предају (испоруку) ствари купцу. Одредбе ЗОО о предаји ствари купцу су диспозитивне природе и стране их могу регулисати другачије. Стране могу уговорити примену неке од транспортних клаузула (INCOTERMS) или да се ствар преда превозиоцу. Кад је према уговору потребно да се изврши превоз ствари, а уговором није одређено место испуњења, предаја је извршена уручењем ствари превозицу или лицу које организује отпрему (чл. 472).

Купац је дужан да примљену ствар на уобичајени начин прегледа или је да на преглед и да продавца обавести о видљивој несаобразности са узорком или моделом у року од осам дана, а у уговору у привреди без одлагања. Кад се недостатак испољи после пријема ствари (није се могао открити уобичајеним прегледом) купац је дужан у истим субјективним роковима обавестити о томе продавца, а најкасније у објективном року од шест месеци од предаје ствари, изузев кад је уговором одређен дужи рок (ЗОО, чл. 481 и 482).

Кад је купац у уговору у привреди благовремено и уредно обавестио продавца о несаобразности узорка или модела са испорученом робом може првенствено захтевати испуњење уговора, снижење цене и, најзад, раскид уговора.⁴² Овакав редослед захтева купца према продавцу проистичу из начела ЗОО - дужности страна да изврше своје обавезе (ЗОО, чл. 17, ст. 1). Купац може захтевати да продавац испуни уговор - испоручи робу саобразну узорку или моделу или да му преда другу робу без недостатка. Ако продавац није могао да уклони недостатак и испоручи робу која је саобразна узорку или моделу купац може да захтева снижење цене (*actio quanti minoris*). Снижење цене се врши према односу између вредности ствари без недостатка и вредности ствари са недостатком, у време закључења уговора (ЗОО, чл. 498).

Ако купац изјави да раскида уговор, мора претходно оставио продавцу накнадни примерени рок за испуњење уговора (ЗОО, чл. 488-490).⁴³ У случају раскида продаје по узорку или моделу примењују се одредбе чл. 523-526. ЗОО. Продавац одговара купцу и за накнаду уговорне штете коју му је проузроковао у било којој од ових правних ситуација.

Уколико ствар коју је продавац предао купцу није саобразна узорку или моделу, у уговору грађанског права, продавац одговара „по прописима о одговорности за неиспуњење обавезе“ (ЗОО, чл. 538, ст. 1). Постоји материјални недостатак ако продавац купцу није предао ствар која је саобразна узорку или моделу. С обзиром на то да продавац није испунио своју обавезу, купац је у овом двостранообавезном уговору овлашћен да захтева испуњење обавезе, раскид уговора, а у сваком случају има право на накнаду штете (ЗОО, чл. 124-132). На одговорност продавца за накнаду уговорне штете купцу примењују се одредбе чл. 262-269 ЗОО.

42 Слична права купца предвиђа и члан 252. Општег имовинског законика за Црну Гору: „Кад је погођено да ће ствар бити према огледу или мостри, а не буде, тада купац може: или узети понуђену му продавцем ствар, одбивши од цијене онолико колико мање ваља, или вратити ствар и тражити другу напрама огледу, уједно с накнадом трошкова и штете: или пак сасвим одустати од уговора, тражећи повраћај цијене, ако ју је дао, и накнаду штете, ако ју је имао“.

43 Чл. 1522. ст. 1. Италијанског грађанског законика, за свака несаобразност (разлику) робе са узорком „даје купцу право да раскине уговор“.

Ilija BABIĆ, PhD

**Professor at the Faculty for European Law and Political Studies
Educons University, Novi Sad**

SALE BY SAMPLE OR MODEL

Summary

According to the contract of sale by sample or model, the seller undertakes to transfer to the buyer ownership right on movable thing conform to the sample or model, and the buyer undertakes to accept from the seller the thing conform to the sample or model and to pay the agreed price to the seller.

When a commercial sale by merchants is about, the seller in a contract of sale by sample or model is liable for any lack of conformity of the goods to the sample or model according to the rules on liability for any physical defects in the goods. The minor lack of conformity is irrelevant in such a contract. If the goods delivered by the seller do not conform to the sample or model, the buyer may request from the seller to repair the goods or to deliver substitute goods conform to the sample or model, to reduce the agreed price, or the buyer may declare the contract avoided. In any of the cases mentioned above the buyer can claim damages.

In civil law contracts of sale by sample or model, the seller will be held liable for any lack of conformity of the goods according to the rules on liability for unfulfilled obligations.

Key words: *sale by sample, sale by model, conformity of the goods, defective goods, liability for defective goods, transfer of risk.*

Др Марко ЂУРЂЕВИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Мр Драган ПАВИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

НЕКОЛИКО МИСЛИ О ОГРАНИЧЕЊИМА СЛОБОДЕ УРЕЂИВАЊА САДРЖИНЕ УГОВОРА У НАШЕМ САВРЕМЕНОМ ПРАВУ*

Резиме

До доношења Закона о изменама и допунама Закона о облигационим односима од 1993. године слобода уговарања садржине уговора из члана 10 била је ограничена принудним прописима, уставом утврђеним начелима друштвеног уређења и моралом социјалистичког самоуправног друштва. После његовог ступања на правну снагу слобода уговарања је ограничена принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима. Преправка члана 10 ЗОО отворила је питања утврђивања садржине и контура ових појмова.

Принудни прописи означавају опште императивне норме садржане у законима и прописима донетим на основу закона. Императивност може произлазити из формулације или смисла норме.

Добри обичаји не означавају фактички обичај, понашање које практикује већина у друштву, нити апстрактно схваћени морал. Према схватању које се може назрети из судских одлука, добри обичаји су норма о моралности, о обичају савесних људи.

Јавни поредак је неодређени правни појам. Језгро појма сачињавају општа правна начела која су изражена у уставним нормама, али у његов састав улазе и општи принципи облигационог права, попут начела заштите слабије стране у уговору, које се може извести из садржине и циља законских норми.

Кључне речи: *уговор, слобода уговарања, принудни прописи, јавни поредак, добри обичаји.*

* Овај рад написан је у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“.

I Увод

Према одредби из члана 10 Закона о облигационим односима (даље у тексту ЗОО) стране у облигационим односима су слободне у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи. Рубрум члана упућује нас да је његова тема аутономија воље. Да би се боље прецизирао његов досег потребно је подсети се да се аутономија воље испољава у уговорном праву кроз три велика принципа: слободу уговарања, принцип обавезне снаге уговора и принцип релативног дејства уговора.¹ Принцип релативног дејства, да „уговор ствара права и обавезе за уговорне стране“ Закон је утврдио у одредби члана 148 ЗОО,² а принцип да уговор има обавезујућу снагу, „везује стране уговорнице као закон”,³ у члану 17 ЗОО,⁴ према коме су учесници у облигационом односу, без обзира на извор из кога се рађа, дужни да изврше насталу обавезу и да су одговорни за њено неиспуњење. Принцип слободе уговарања има две компоненте: слободу постојања уговора и неформалност уговора. Неформалност уговора је утврђена у одредби из члана 67 по којој „закључење уговора не подлеже никаквој форми“. Слобода егзистенције уговора манифестује се у три могућности: уговорати или не, изабрати саговорника и одредити слободно, у сагласности са другом страном, садржину уговора. Одредба из члана 10 ЗОО решава питање ове последње слободе.⁵ Она нам каже да су уговорне стране начелно

1 Слободан Перовић, *Аутономија воље и принудни прописи*, Будва, 2007, 26.

2 Милан Бркић, „Дужност испуњења обавеза”, *Коментар Закона о облигационим односима* (уредници Борислав Благојевић и Врлета Круљ), Београд 1980, 86; Слободан Перовић, „Начела и значај Закона о облигационим односима”, *Уговорно и одштено право по Закону о облигационим односима* (уредник Милан Петровић), Београд, 1979, 17.

3 Михаило Константиновић, *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1996, 42.

4 Слободан Перовић, „Дужност испуњења обавеза” *Коментар Закона о облигационим односима* (уредници Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац, Крагујевац, 1980, 161; Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim odnosima). 1. Knjiga*, Zagreb 1978, 95.

5 До таквог става долази се језичким тумачењем израза „[...] своје односе уреде [...]“ у норми из члана 10 ЗОО. У том смислу вид. Борислав Благојевић, „Усаглашавање норми о облигационим односима са савременим захтевима времена“, *Уговорно и одштено право по Закону о облигационим односима* (ур. Зоран Петровић), Београд, 1979, 17. Могуће је међутим, овој норми дати и шире тумачење, које превазилази језичко значење. Ограничење из члана 10 се у том случају односи на све аспекте слободе егзистенције уговора. Такво схватање произлази из судске праксе која је развијана до доношења измена и допуна ЗОО од 1993. године. Наиме, ради посебне заштите друштвене својине – које је неспорно било једно од основних начела друштвеног уређења – привредним субјектима који су располагали средствима у друштвеној својини била је ограничена могућност из-

слободне да уреде садржину уговорног односа,⁶ да заједничком сагласношћу створе појединачне и конкретне уговорне норме⁷ и њима одреде садржину уговора. Стваралачка моћ уговорника је потпуна. Они могу образовати сасвим нову садржину, независну од типизиране садржине најчешћих и најважнијих Законом уређених уговора, направити хибрид, комбиновањем елемената различитих именованих уговора или једноставно, преуредити и прилагодити ове елементе својим потребама.⁸

Слобода уговарања садржине уговора ограничена је принудним прописима, као и јавним поретком и добрим обичајима, појмовима који су у ЗОО уведени Законом о изменама и допунама Закона о облигационим односима из 1993. године.⁹ Закон од 1993. године преправио је изворни текст члана 10 ЗОО која је гласио: „Учесници у промету слободно уређују облигационе односе, а не могу их уређивати супротно уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва”.¹⁰ Преправком је стара тријада ограничења — уставом утврђена начела друштвеног уређења, принудни прописи и морал социјалистичког самоуправног друштва — замењена новом. Из пређашње је остао један члан, принудни прописи. Нова тријада само је вратила у живот јавни поредак и добре обичаје. Јавни поредак је већ постојао у Грађанском законнику за Кнежевину Србију до аброгације предатног права, у норми § 13, а појам добри обичаји се

бора сауговорника управо позивањем на члан 10. До оваквог значења одредбе из члана 10 ЗОО долази С. Перовић (вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 177 и 315 нарочито фн. 627). У даљем тексту излагање ће бити ограничено на слободу уређивања садржине уговора, која је несумљиво уређена у овом законском члану.

6 Неспорно је да је слобода уговарања принцип српског уговорног права. Може се поставити питање да ли је и уставни принцип. Према мишљењу Владимира Водинелића, аутономија воље зајемчена је у оквиру јемства слободе развоја личности прокламоване у члану 23 став 2 Устава (вид. Владимир Водинелић, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд, 2012, 86). У Француској је слободи уговарања признат уставни значај на основу одлуке Уставног савета од 19. децембра 2000. године. Од тада ужива уставносудску заштиту (вид. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *La formation du contrat. Tome 1: Le contrat – Le consentement*, Paris 2013, 188; Pierre-Yves Gahdoun, „Le Conseil Constitutionnel et le contrat, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 31/2011, 1).

7 Hans Kelsen, „La théorie juridique de la convention”, *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1-4/1940, 35.

8 Упор. С. Перовић (1986), 192; Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад, 2009, 327.

9 Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, чл. 5.

10 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78.

појавио у том изражајном облику након аброгације и судска пракса му је придавала исти смисао који је у укинutom § 13 имала реч благонаравије.

Непосредно пред доношење ЗОО, у монографији *Забрањени уговори* професора Слободана Перовића, јавни поредак је био први пут теоријски дефинисан као „скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које су у домену предмета и циља уговора тако постављене да их уговорне стране морају поштовати”. Скуп принципа осмишљен је као множина принципа различитог карактера и порекла, економских (принципа економског конституисања и економске организације), моралних и принципа који произлазе из одређеног политичког и филозофског опредељења. Принципи сами по себи не ограничавају слободу уговарања. Они добијају ту функцију када буду обликовани у позитивно правне норме карактеристичних својстава и моралне норме, односно добре обичаје.¹¹ Дефиницију је С. Перовић задржао и у својим каснијим радовима, после преправке члана 10.¹²

Према наведеној дефиницији јавни поредак нам се представља у смислу синтезе, споја „принципа” – вредносних назора, моралних, филозофских, политичких убеђења, гледишта о организацији односа у економском животу – и друштвених норми, „принудних правних прописа и моралних императива”¹³ кроз које се ти принципи нормативно исказују. Наспрам ове теоријске дефиниције данас стоји законска одредба из члана 10 ЗОО у којој су истакнута три правна облика кроз које се „принципи” изражавају. Поред принудних прописа, добрих обичаја ту је још и *јавни поредак*. Тај јавни поредак назваћемо *јавни поредак у ужем смислу*, да би га разликовали од горе наведеног, а овај други, теоријски појам, назваћемо *јавни поредак у ширем смислу*.

Након преправке члана 10, која је извршена да би се се ЗОО ослободио политичко-идеолошке терминологије¹⁴ и увођења у правни живот јавног поретка и добрих обичаја као законом предвиђених ограничења слободе уговарања може се поставити питање шта чини садржину ових појмова и да ли је преправка имала и неки други смисао осим језичког.

11 Слободан Перовић, *Забрањени уговори*, Београд, 1975, 156.

12 Вид. С. Перовић (2007), 58.

13 С. Перовић (1975), 161.

14 С. Перовић (2007), 51.

II Принудни прописи

Почнимо од принудних прописа, појма који је постојао у изворној верзији ЗОО и накнадном законодавном интервенцијом није промењен. У теоријском дискурсу о грађанском праву под тим термином обично је подразумевана норма донета од стране законодавног органа.¹⁵ Ставови о његовом значењу су током времена еволуирали, тако да се у терминологији Устава РС од 2006. „пропис” користи не само да означи норму донесену у облику закона, него и норме других прописа, општих правних аката донесених на основу закона¹⁶ од других органа државне власти, покрајине, града или општине.¹⁷ Атрибут принудни, премда је везан за прописе, не описује прописе, него карактер норме садржане у пропису. Дакле, принудни пропис је ознака за општу принудну норму насталу законом или другим прописом заснованим на закону.

У науци грађанског права израз принудне правне норме, односно његови језички супститути, императивне односно когентне норме, користи се да би се именовале норме које стоје насупрот диспозитивним.¹⁸ Диспозитивне норме су оне које се примењују, ако стране не уреде однос другачије. ЗОО је у одредби из члана 20, под насловом „Диспозитивни карактер одредаба закона“, казао да су његове одредбе начелно диспозитивне што значи да стране у облигационом односу могу да га уреде другачије него што је Законом предвиђено. У истом члану ЗОО је одредио да уговорне стране немају могућност да однос уреде другачије када то: 1) произлази из поједине одредбе; или 2) из смисла поједине одредбе. Другим речима, таква одредба је принудна. Њену примену стране не могу уговором искључити и свој однос уредити другачије.¹⁹

Принудност неке норме може дакле, бити изречена у тексту или откривена из њеног смисла. У првом случају, реч је о формулацији норме која изрично истиче њен принудни карактер. Примере за ову врсту налазимо на више места у ЗОО. Тако је у неким законским одредбама означено да се решења која садрже *не могу уговором искључити* (на пример у чл. 265 ст. 1, чл. 364 и чл. 644 ст. 5). У другима принудност је изречена та-

15 Вид. Андрија Гамс, *Увод у грађанско право. Општи део*, 4. издање, Београд, 1963, 52.

16 Вид. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 (даље у тексту Устав РС), чл. 97, 107, 145, 156 итд.

17 Вид. Устав РС, чл. 79 и 190.

18 Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, 2. издање, Београд, 2004, 84; В. Водинелић, 139.

19 Упор. В. Водинелић, 144.

ко што проглашавају ништавост уговора или уговорне одредбе, ако је уговорено супротно. Тај начин изражавања примењен је у члановима: 398, 400 ст.1, 458 ст.1, 461, 486 ст. 2 и 3, 513, 544, 545, 548, 551, 576, 671, 684, 849, 870, 918, 929 ст. 2, 973 ст.1, 1044 ст. 3, итд. Најзад, посебан начин исказивања принудности употребљен је у нормама о уговору о осигурању. У члану 900 ст. 1 речено је да се од одредаба које уређују осигурање може уговором одступити само када је то нормом изричито допуштено.

Када принудност није изражена формулацијом, када није очигледна, видљива, то не значи да је норма нужно диспозитивна. Наиме, ЗОО каже да императивност може „произлазити из смисла поједине одредбе”. Когентност дакле може да обитава унутар норме, да постоји у потенцији, у могућности да се испољи. Уколико пропис није одредио да уговорне стране могу уговорити другачије или није експлицитно искључио могућност да уговоре што супротно садржини норме, принудност може да буде откривена анализом заповести садржане у норми.²⁰ Расуђивање о карактеру норме остављено је суду. Пред судом ће се питање поставити поводом конкретног спора у коме треба да примени норму из чије формулације није могуће утврдити да ли искључује или дозвољава да се уговори супротно њеној садржини. Одговор онда зависи од испитивања смисла норме и откривања да ли постоји општи интерес да се само таква каква јесте, без икакве измене, примени и „спроведе у животу и да се тиме постигне једнообразност решења у свим случајевима“.²¹

Појам принудни прописи из члана 10 је општи. ЗОО не поставља никакве границе у погледу његовог домаћаја, што значи да слободу уговорних страна да уреде садржину уговора може да ограничи било која норма позитивно правних прописа.²² Когентне норме нису само оне које уређују облигационо правне односе, већ све грађанскоправне норме којима је заштићен општи интерес у оквиру јавног грађанског права.²³ Принудни прописи обухватају и норме изван грађанског права,²⁴ на пример, кривичног.²⁵ Ипак, када је реч о нормама изван грађанског права, ваља приметити да оне нису нужно императивне самим тим што не уређују

20 Б. Благојевић, 16.

21 В. Водинелић, 145.

22 Упор. Врлета Круљ, „Ништави уговори”, *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1980, 292; С. Перовић (1980), 100.

23 О јавном грађанском праву и разликама између јавног и приватног грађанског права, вид. В. Водинелић, 48

24 Вид. В. Vizner, 54; В. Круљ, 292.

25 Не може се на пример, пуноважно уговорити извршење неког кривичног дела.

материјалне грађанско правне односе. Тако прописи о грађанском судском поступку дозвољавају да се закључи споразум о месној надлежности (чл. 65 ЗПП²⁶); прописи о уређењу судова одређују надлежност привредног суда у споровима између привредних субјекта у споровима који настану у обављању делатности (чл. 25 Закона о уређењу судова²⁷), али ипак уговорне стране могу закључити арбитражни споразум и решавање спора поверити арбитражи (чл. 31 Закона о привредним коморама²⁸) и тако искључити његову примену.

III Добри обичаји

Добри обичаји се приближавају принудним нормама чија принудност је потенцијална. Они су правна норма, као што је то и потенцијално принудна норма настала прописом. Осим тога, они су слични и по томе што судији припада да одреди да ли је једна норма добар обичај, као што искључиво у његову надлежност спада изјашњење о томе да је једна норма принудна у случају када нам њена формулација ништа не казује.²⁹ Добри обичаји и потенцијално принудне норме једнаке су и по томе што поглавито садрже забране.³⁰

Разлика између њих је у пореклу. Потенцијално принудне норме се налазе у прописима, а за добре обичаје није сасвим јасно одакле потичу, из морала или обичаја. То питање се на теоријском нивоу отворило након измене ЗОО од 1993. године. До тада се није постављало јер је ЗОО у изворној верзији члана 10, уводећи морал социјалистичког самоуправног друштва као ограничење слободе уређивања садржине уговора, јасно определио етички карактер овог ограничења. Међутим, морал који је ЗОО унео у уговорно право био је један идеално замишљени и тешко одредиви социјалистички морал у самоуправној варијанти, који је пред судију постављао немогућ задатак да га утврди и примени као правну норму, премда се тешко могло рећи да такав морал икада заживео у друштву.³¹

26 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011.

27 *Службени гласник РС*, бр. 116/2008.

28 *Службени гласник РС*, бр. 112/2015.

29 Упор. Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 6ème édition, Paris 1994, 204.

30 Упор. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stofel-Munck, *Les obligations*, 4e édition, Paris 2009, 325.

31 Вид. Радомир Лукић, „Морал и право“, *Правни живот*, бр. 12/81.

У одговору на питање о моралном или обичајном пореклу добрих обичаја искристалисала су се два мишљења. Једно полази од обичајног концепта, али не испушта морални фактор. По том мишљењу, да би у конкретном случају применио норму о добрим обичајима, судија мора поћи од обичаја, али и имати у виду комплекс владајућих моралних правила у датом друштву и обичај тестирати кроз филтер савесности и поштења.³² По другом схватњу, добри обичаји су директно везани за морал.³³ Уствари, оба мишљења говоре нам о томе да неке моралне норме морају бити изједначене по обавезности са принудним правним нормама.

Судске одлуке у којима су судови разумели добре обичаје у смислу понашања које представљају фактички обичај су реткост и могу се критиковати.³⁴ Те одлуке су сасвим супротне пракси која је добре обичаје поимала као морал још у време важења Грађанског законика.³⁵ То схвата-

32 Оливер Антић, *Облигационо право*, 3. издање, Београд 2009, 220.

33 Вид. С. Перовић, (2007), 51. Додајмо томе да се у правној литератури још у деветнаестом веку држало да реч *благодарвије* из § 13 Српског грађанског законика, која је била превод француског израза *bonnes mœurs*, употребљеног да означи границу слободе уговарања у члану 6 Француског грађанског законика (вид. Андра Ђорђевић, *Систем приватнога (грађанскога) права Краљевине Србије. Прва књига: општи део (прва половина)*, Београд, 1893, 83) означава 'добре нарави', јавно поштење, а не обичај (Ђорђе Павловић, *О обвезностима и уговорима уопште*, Београд, 2014, 253). Благодарвије је у облику *благодаравље* преузето у Општи имовински законик за Кнежевину Црну Гору из 1888. године. Како на основу увида у документа сведочи М. Луковић, већ приликом првог читања будућег законског текста, слушаоци су се сложили да облик *благодаравље* означава морал. Вид. Милош Луковић, *Богишићев законик. Припрема и језичко обликовање*, Београд, 2009, 240.

34 Вид. „По налажењу Апелационог суда у Б., околност да је тужилац предао новац ради закључења фиктивног брака, да би добио потребне папире за боравак и рад у Швајцарској, не представља такво кршење јавног поретка или добрих обичаја да би морало бити санкционирано по члану 104 став 2 Закона о облигационим односима. Не само у ужој средини из које парничне странке потичу, већ уопште и у нашој земљи, а и у иностранству, закључивање фиктивног брака ради добијања дозволе за боравак и рад у иностранству није ни најмање неубичајено. Да ли ће два лица да закључе брак због љубави или због новца је ипак њихова приватна ствар, а јавни интерес, принудни пропис и морална схватања би била угрожена само у случају да се брак не закључује слободном вољом супружника, већ принудом да би један од супружника или треће лице остварило имовинску или какву другу корист.“ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 3533/2010 од 21.10.2010 године. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016. Став суда може се критиковати, јер изражава једно врло упрошћено и погрешно схватање о томе да је добар обичај исто што и обичај, понашање које практикује већина. Доследно томе, ако би већина државних службеника практиковала да закључује корупционе уговоре, корумпирање би било добар обичај. Упор. François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e édition, Paris, 2013, 433.

35 Вид. Гојко Никетић, *Начелне одлуке Касационог суда 1868-1908. год.*, Београд, 1908, одлука Опште седнице Касационог суда од 13. септембра 1899, бр. предмета 7043, 148; Гојко Нике-

ње у судској пракси одржало се до доношења ЗОО.³⁶ Након измена од 1993. године и напуштања идеалистичког схватања морала, у нашем праву постаје све присутнија тежња да се добри обичаји схвате реалистичније, ближе друштвеној стварности, као норма о моралности. Она провејава из судских одлука у којима су судови оглашавали неморалним и поништвали уговоре којима се тежило постизању неморалне користи (на пример, уговор о „враџбинама“³⁷, уговор о зајму датом у сврху коцкања³⁸ и уговоре о зајму са превисоком каматом³⁹) или уговоре који су се противили моралности у брачним односима (на пример, поклон који је један супружник учинио другом да би други остао у браку,⁴⁰ уговор на основу кога се један ванбрачни партнер обавезао да исплати другом супружнику или његовом родитељу суму новца да би други ступио у ванбрачну заједницу⁴¹). У ствари, судови све чешће приписују карактер доброг обичаја понашању које описују изразом „придржавање начела савесности и поштења”,⁴² а одступање од таквог понашања, означавају „несавесним“.⁴³ Можда би се могло говорити о замисли да се добри обичаји схвате као обичај савесних људи, чији прекршај повлачи осуду због огрешења.

тић, *Одлуке Опште седнице Касационог суда, Књига десета, Део осми* (средно Гојко Никетић), Београд 1924: одлука Опште седнице Касационог суда 822 од 1. новембра 1905. год, број предмета 223, 822; одлука Опште седнице Касационог суда од 21. фебруара 1908, број предмета 1422, 902; *Одлуке Касационог суда у Београду у грађанским предметима 1940-1942* (издање Министарства правде), Београд, 1943: одлука Касационог суда II Рев 1032/1942 од 12. октобра 1942, бр. 68, 17; одлука Касационог суда I Рев.611/1942 од 11 новембра 1942, бр. 69, 17.

36 Вид. С. Перовић (1975), 212-223.

37 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 5113/2002 од 19. 12. 2002. год. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016. године.

38 Вид. Решење Вишег суда у Ваљеву, Гж. 1328/2014 од 28.8.2014. године. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016. Извор. *ParagrafLex*, 1. март 2016.

39 Вид. Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 5953 од 27.11.1996. и Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 31/98 од 25.3.1998. године. Упор. Решење Врховног привредног суда, Сл. 110/86 од 9. март 1965, *Правни живот*, 2/1966, 94, наведена код: С. Перовић, *Забрањени уговори*, Београд 1975, 61.

40 Вид. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 393/99 од 24. 3.1999. год. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016.

41 Вид. Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 2125/2013 од 9.9.2013 године (извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016). Упор. Пресуда Врховног суда Србије, Гж. 294/56, *Збирка судских одлука*, књ. II, св. 1, 77.

42 Вид. Решење Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 2086/2010 од 1.12.2010. год. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016.

43 Вид. Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 885/2006 од 9.8.2006. год. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016.

IV Јавни поредак

Појам јавни поредак због своје општости и неодређености изазива највише недоумица које све не могу бити на овом месту целовито разрешене. Задржаћемо се само на једном питању. Из досадашњих излагања видели смо да правне норме којима се изражавају принципи који чине јавни поредак у ширем смислу, принудни прописи и добри обичаји, имају обележја помоћу којих са већом или мањом тачношћу могу да се открију и примене у конкретним случајевима. Остаје питање утврђивања правне норме која оличава границу слободе уговарања садржине уговора, а није принудна, јер не изриче забрану нити намеће обавезу, а нема ни карактер норме о моралности, о добрим обичајима. Таква правна норма представљала би јавни поредак у ужем смислу.

Пре разматрања српског права корисно је погледати какав домаћај има јавни поредак у страним правима у којима је предвиђен као једна од граница слободе уговарања. У француском праву Грађански законик је у члану 6 забранио да се појединачним уговорима дерогирају „закони који се тичу јавног поретка и добрих обичаја“. Та формулација је деценијама разрађивана у правној теорији у покушајима да се јавни поредак дефинише. На крају, од тих напора се одустало са једогласним закључком да се значење појам јавног поретка не може одредити ни номинално ни еnumerативно.⁴⁴ Уместо тога, развијен је један функционални појам, у основи чисто технички, без правно одредиве садржине, који служи да се степенује принудност неке норме.⁴⁵ Јавни поредак у тој конструкцији обухвата све императивне норме: 1) које извиру из прописа; 2) којима су судови у недостатку изричите формулације приписали такав карактер.⁴⁶ Добри обичаји су један од аспеката јавног поретка.⁴⁷ Због тога неки француски писци у најновим издањима својих дела, развијајући доктрину о јавном поретку, унутар појма (*ordre public*) благо раздвајају јавни поредак који се манифестује у изречно или потенцијално принудним правним прописима (тај јавни поредак означавају називом јавни поредак у ужем

44 Упор. Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 21e édition, Paris, 1998, 138.

45 Jean Hauser, „Ordre public et bonnes mœurs“, *Encyclopédie juridique Dalloz*, vo *Contrats et obligations*.

46 Гестен овим императивним нормама додаје оне које су настале из обичаја на које упућује пропис, као и норме створене приватним нормирањем, у колективни уговорима и општим условима пословања. Вид. Jacques Ghestin, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. La formation du contrat*, 3e édition, Paris 1993, 93-96.

47 Вид. Philippe Malinvaud, *Droit des obligations*, 10e édition, Paris 2007, 62-63; J. Ghestin, 105

смислу, *ordre public stricto sensu*) и јавни поредак који се испољава кроз добре обичаје (*bonnes mœurs*).⁴⁸

У швајцарском Законнику о облигацијама правило о ограничењима слободе уговарања је другачије него у француском праву. Јавни поредак је у њему поменут као једно од четири ограничења: „Закон искључује споразуме страна само када прописује правило принудног права или када би одступање од његовог текста било противно добрим обичајима, јавном поретку или правима везаним за личност“.⁴⁹ У овом решењу јавни поредак не окриљује принудне прописе и добре обичаје него је сваки појам (принудни прописи, јавни поредак, добри обичаји, права везана за личност) засебан и има сопствену правну вредност. Они су међу собом одвојени границима, које додуше нису увек сасвим јасно оцртане.⁵⁰ Иако су јавни поредак и принудне норме блиски појмови, њихове садржине се не поклапају.⁵¹ Зато у швајцарском праву уговор може бити противан јавном поретку, а да истовремено не повређује принудну норму, ни добре обичаје, ни права везана за личност. Супротно томе, у француском праву уговор је супротан јавном пореку само ако повређује или императивну норму или добре обичаје.

Термин јавни поредак вратио се у наше законодавство и заузео место „уставом утврђених начела друштвеног уређења“ који су, као што је истакнуто, били један елеменат тријаде ограничења садржине уговора прописане у оригиналној верзији члана 10 ЗОО из 1978. године.⁵² Зато се

48 Вид. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, 382.

49 Loi fédérale completant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), art. 19 (доступно на адреси: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html#index1>). Упор. Швајцарски законик о облигацијама – чл. 1 до чл. 551 – са предговором проф др Михаила Константиновића (превод Светислав Аранђеловић), Београд, 1962, 18.

50 Упор. Драгољуб Стојановић, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3/1968, 394.

51 Oliver Guillod, Gabrielle Steffen, *Code des obligations I, Commentaire* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), art. 19-20, Genève, 2003, 132-135; Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, 1997, 113.

52 „Уставом утврђена начела друштвеног уређења“ као граница слободе уговарања садржине уговора имала су различиту судбину у кодификацијама облигационог права у државама формираним након распада СФРЈ. У словеначкој кодификацији (*Obligacijski zakonik, Uradni list Republike Slovenije*, бр. 83/2001, чл. 3), хрватској (*Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, Službeni list Republike Hrvatske*, бр. 35/2005, чл. 2) и македонској (*Закон за облигационите односи, Службен весник на Република Македонија*, бр. 18/2001), формулације које означавају ово ограничења личе на ону коју су употребили законописци ЗОО из 1978. године и једна на другу. У словеначком праву учесници у облигационим односима не могу уредити облигациони однос „наспротив уставу“ (чл. 3 OR), а у

с разлогом може поставити питање да ли је јавни поредак у ужем смислу исто што и уставом утврђена начела друштвеног уређења,⁵³ да ли ови појмови имају исту правну садржину. На тако формулисано питање наводе мисли Врлете Круља из Коментара ЗОО. Објашњавајући ограничења слободe уговарања које је постављао члан 10, В. Круљ каже да су она дефинисана на нешто другачији начин него у другим грађанским законима, али не и у принципу другачије, и да ти други законици забрањују да се уговори закључују противно „јавном поретку“ у који улазе *фундаментална начела на којима почива поредак*. На другом месту, у коментару члана 103, говорећи о томе шта је означено уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, аутор истиче да то нису само основна начела утврђена у Уводним деловима тадашњег Устава од 1974. године, него и фундаментални принципи нашег права и нашег друштвеног уређења који се могу извући из целине важећих прописа и духа нашег правног система, исказана у уставу као целини.⁵⁴ „Фундаментална начела“, „фундаментални принципи нашег права и нашег друштвеног уређења“, били су по овом објашњењу, уз Основна начела из уводних делова устава, један од два састојка уставом утврђених начела друштвеног уређења. Међутим, ако се зна да су преамбуле у уставима заправо предговори највишим државним правним актима, да су „прича о уставу“, а не правне нормe,⁵⁵ онда се мо-

хрватском, супротно „Уставу Републике Фрватске“ (чл. 2 ЗОО). У Македонији уговорне стране слободно уређују облигационе односе „у сагласности са Уставом“ (чл. 3 ЗОО). У Федерацији БиХ прихваћена је иста формулација као у Хрватској (вид. Закон о преuzimanju Закона о облигационим односима, *Службени лист РБиХ*, бр. 2/92, 13/93 и 13/94). У Црној Гори је од 1993. до 2008. год. уместо „уставом утврђеним начелима друштвеног уређења“ слобода уговарања је била ограничена јавним поретком, а од доношења Закона о облигационим односима (*Службени лист Црне Горе*, бр. 47/2008), то ограничење више не постоји (вид. чл. 3 ЗОО). У Републици Српској, Закон о облигационим односима, у тексту који важи на њеној територији, не помиње уставом утврђена начела, него јавни поредак.

- 53 За одговор није без значаја запазити да се у нормама међународног приватног права о решавању сукоба закона са прописима других земаља, сличан израз, *уставом утврђене основе друштвеног уређења* – којима не може бити супротно меродавно странo право, на чију примену упућује домаћа колизиона норма – користи да би означио међународни јавни поредак, то јест установу јавног поретка. Вид. Закон о решавању сукоба закона и надлежности са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 4. Упор. Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2010, 560.
- 54 *Коментар Закона о облигационим односима* (уредници Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 53 и 296.
- 55 Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/96, 2006.

же закључити да правну садржину уставом утврђених начела друштвеног уређења – једину и искључиву, али маскирану овим изразом – представљају фундаментална начела права, односно фундаментални принципи нашег права. Другим речима, између тих начела и јавног поретка у ужем смислу постоји једнакост.

В. Круљ не одређује појам фундаменталних правних начела, нити наводи која би то начела била, али истиче да се исказују у уставу као целини, из чега би произлазило да су фундаментална правна начела исто што и уставни искази или поједини од њих. Појам јавног поретка тако се своди на уставне ставове који опет могу бити различити по садржини и подобности да буду примењени на конкретне случајеве.⁵⁶ То би могли да буду уставни ставови који стоје у вези са уговором, попут појединих уставних начела,⁵⁷ неких основних начела економског уређења⁵⁸ и јемства људских права и слобода на пример, права границе или слободе границе (*libertés-limites*)⁵⁹ укључујући права и слободе које проистичу из опште-прихваћених правила међународног права и међународних уговора.⁶⁰

Међутим, појам фундаменталних правних начела не би требало свести само на она која су изражена уставним ставовима јер су уставни искази само један вид њихових нормативних уобличења.⁶¹ Начела могу бити оличена и кроз принципе других грана права. У облигационом праву већина их је нормативно изражена у Основним начелима ЗОО.⁶²

56 Вид. Един Шарчевић, „Интегрални и сумативни приступ правним принципима”, *Правни принципи* (уредник Един Шарчевић), Сарајево 2014, 24-28.

57 На пример, забрана сукоба интереса (чл. 6 Устава).

58 На пример, слобода предузетништва (чл. 83 Устава), једнакост правног положаја субјеката на тржишту (чл. 86 Устава).

59 Слобода кретања, слобода мисли, савести, вероисповести, слобода својине, итд (вид. Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 12. издање, Београд, 2009, 456). На основу уставних јемстава, свака страна у уговорним односима може се ослонити на то да ће ове слободе и права бити поштована. Али, могу се замислити случајеви у којима ће бити потребно, да би се омогућило свакој страни у уговору да користи своје право или слободу, да суд интервенише ради решавања конфликта између њихових права. Конфликт се може појавити јер између људских права и слобода не постоји хијерхија и разрешити, по једном мишљењу, испитивањем пропорционалности између права у сукобу (вид. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, 433).

60 Упор. С. Перовић (2007), 73.

61 Вид. Владан Петров, Саво Манојловић, „Уставна начела у пракси Уставног суда Србије“, *Правни принципи* (уредник Един Шарчевић), Сарајево, 2014, 74.

62 Према мишљењу Б. Благојевића, текстови основних начела су императивне норме и они као принудни прописи ограничавају слободу уговарања. Примера ради наведени су равноправ-

Ипак, поред записаних и прокламових, постоје правна начела врло високог степена општости, која се образују конструкцијом из већег броја норми и чије логичке последице могу бити потом примењене кроз друге правне норме. Као пример могло би се навести начело заштите слабије стране у облигационом праву.

Једну његову манифестацију, начело заштите потрошача, Невенко Мисита је извео из норми Основних начела (чл. 1, 8, 9, и 19), уз указивање на норме које га разрађују (*норме – разраде начела*). То су норме о закључењу уговора (чл. 27, 33, 34, 35, 42), тумачењу уговора (чл. 99, 100), општим условима формуларних уговора (чл. 142, 143), дејству уговора (чл. 121 и са њим повезани чл. 478-500 и чл. 501-507), престанку обавеза (чл. 321 и 378 ст. 1), продаји са оброчним отплатама цене (чл. 542-551) и посебним случајевима одговорности за штету (чл. 183).⁶³ Потребно је истаћи да је норма из члана 1 ЗОО потпуно преуређена Законом о изменама и допунама, а да су норме чланова 8 и 9 брисане. Норме – разраде начела међутим нису промењене овом законодавном интервенцијом. Стога накнадно стављање ван снаге основних начела из чланова 8 и 9 која су привредним субјектима налагале одређене дужности у заснивању и извршењу обавеза из облигационоправних односа у које ступају са потрошачима, не значи да начело не постоји, него само да није више изражено изричито и непосредно. Упркос томе што није текстуално изречено, о постојању начела може се извести закључак логичким повезивањем садржине норми – разраде начела у којима је оно развијено.⁶⁴

Сврха наведених норми–разраде начела јесте заштита једне стране у уговорном облигационом односу, али то не мора нужно бити потрошач, физичко лице које на тржишту прибавља робу или услугу у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.⁶⁵ Осим у нормама у којима је изричито формулисано или из њих проистиче да је адресат физичко лице (на пример, у норми о једногодишњем року застарелости из чл. 321. ст. 1 ЗОО одређено је да она важи за обавезе преузете за потребе домаћинства, а у нормама о продаји са оброчним отплатама цене да се примењују када је купац физичко лице),

ност учесника у облигационом односу, савесност и поштење, забрана стварања и искоришћавања монополског положаја на тржишту, принцип еквиваленције. Вид. Б. Благојевић, 19.

63 Вид. Невенко Мисита, „Начело заштите потрошача у Закону о облигационим односима“, *Правни живот*, бр. 3-4/91, 407-424.

64 В. Водинелић, 149.

65 Вид. Закон о заштити потрошача, *Службени лист РС*, бр. 62/2014 и 6/2016, чл. 5 ст. 1 тач.1.

идеја о заштити је спроведена без обзира на то да ли је страна која треба да буде заштићена физичко лице које има својство потрошача, друго физичко лице, предузетник, правно лице, привредно друштво. Због тога, може се тврдити да руководна идеја правног начела разрађеног у овим нормама има шири домашај, да је она усмерена ка заштити слабије стране у уговору,⁶⁶ а не само ка заштити потрошача.

Најтипичније одредбе ЗОО у којима је начело примењено су одредбе о општим условима формуларних уговора (чл. 142 и 143). Општи услови су апстрактне, опште, стандардизоване уговорне одредбе које је једна страна припремила унапред, без преговора са другом уговорном страном. Друга страна фактички нема слободу уређивања садржине уговорног односа у смислу могућности да својом вољом утиче на изглед конкретних уговорних норми које ће бити примењене на уговорни однос. На тај начин, приступањем општим условима,⁶⁷ закључује се мноштво формуларних уговора: уговори о осигурању, уговори о кредиту, уговори о банкарском депозиту, уговори о финансијском лизингу, уговори о издавању и коришћењу кредитне картице итд. Надмоћност стране која је претходно припремила опште услове и одредила садржину, коју друга страна, без икакве измене, приступањем претвара у садржину уговора је очигледна. Она постоји без обзира да ли је страна која приступа потрошач или неки други правни субјект. Норма из члана 142 ЗОО штити ту страну тако што прописује да се општи услови морају објавити на уобичајени начин и да је обавезују ако су јој били познати, чиме спречава да општи услови у супротном случају постану садржина уговора.

Норма из члана 143 став 2 омогућава суду да у случају спора одбије да примени одредбе општих услова уколико су неправичне, лишвавају другу страну права да стави приговоре или одређују да она „губи права из уговора” или право на рок или уколико су претерано строге према њој. Овлашћењем датом суду да контролише садржину општих услова и одбије да их примени у конкретним случајевима, спречава се да општи услови који су приступањем постали конкретне, уговорне, правне норме произведу правно дејство.

Одредба из члана 143 став 2 ЗОО нема когентни карактер, јер не изриче забрану, нити налаже обавезу уговорним странама. Она није принудни пропис. С друге стране, одредба из члана 143 став 3 није ни норма

66 Вид. В. Vizner, 45.

67 Вид. Марко Ђурђевић, „Приступање (адхезија) општој понуди – другачији начин да се закључи уговор“, *Pro et contra*, бр. 1/2002, 45-52.

о моралности, норма о добрим обичајима. Ипак, реч је о норми која онемогућава да поједине уговорне одредбе правно делују између уговорних страна. Дакле, она на један специфичан начин ограничава слободу уговорних страна да уреде садржину уговора. Таква функција израз је примене начела заштите слабије стране које је саставни део законског појма јавни поредак у нашем праву.

V Закључак

У изворном облику ЗОО је у члану 10 ограничио слободу уређивања садржине уговора тријадом појмова: принудни прописи, уставом утврђена начела друштвеног уређења и морал социјалистичког самоуправног друштва. Закон о изменама и допунама ЗОО од 1993. године преправио је норму из члана 10 и заменио два термина из ове тријаде. На места уставом утврђених начела друштвеног уређења и морала вратио је у правни живот јавни поредак и добре обичаје. Преправка члана 10 ЗОО отворила је питања утврђивања садржине и контура ових појмова.

Одговори до којих се у раду дошло су да је појам *принудни прописи* задржао садржину коју је имао. Појам *добри обичаји* унео је новину, јер се у пракси судова ово ограничење не схвата у смислу апстрактног морала, као дотадашње. Добри обичаји су норма о моралности, о обичајима савесних људи.

Постављање појма *јавни поредак* у исту раван са појмовима принудни прописи и добри обичаји довело је до потребе да се утврди његова садржина, која мора бити различита од садржне принудних прописа и добрих обичаја. По мишљењу аутора, јавни поредак, који је у раду назван јавни поредак у ужем смислу, не подудара се у потпуности са појмом уставом утврђена начела друштвеног уређења. Јавни поредак чине општа начела права која се изражавају у уставним ставовима, али, поред њих, у састав јавног поретка улазе и општа начела која се изводе из целовитости норми Закона о облигационим односима, попут начела заштите слабије стране у уговору.

Marko ĐURĐEVIĆ, PhD

Associate Professor at Faculty of Law University of Belgrade

Dragan PAVIĆ, Mag.

Assistant at Faculty of Law University of Belgrade

A FEW THOUGHTS ABOUT THE LIMITATIONS OF FREEDOM OF REGULATING CONTENTS OF CONTRACT IN OUR MODERN LAW

Summary

In Obligations Relations Act the freedom of regulating contents of contract was limited by constitutionally determined principles of social system, mandatory rules and the moral of socialist self-managed society. After the changes in 1993 freedom of contracts has been limited by mandatory rules, public policy (l'ordre public) and good morals (boni mores). More than two decades of using these legal limitations in our law, a question of frame and content of these terms is still actual. Mandatory rules are general imperative norms contained in laws and regulations made according to law. The imperative quality of norms can be explicit or potential when it originates from the concept of the norm. In the second case it is a judge that determines the cogent character of the norm. The notion good morals is similar to potential mandatory norms in terms of it depending on the judge to determine whether a norm is good morals. This notion neither implies factual usages, i.e. behaviour of the majority of citizens, nor moral in abstract sense. The conclusion that can be drawn from court decisions, good morals is norm related to morality, the norm of how conscientious people act. Public policy is not a clearly defined legal term. Its content is almost identical with the content of the term of constitutionally determined principles of social system from the original version of the Obligations Relations Act made in 1978. The core of the concept is made of fundamental law principles expressed in constitution norms, but it includes also general principles of contract law, that can be found in the content and aim of a larger number of legal norms. As an example we can mention the principle of the protection of the weak party to the contract.

Key words: *contract, freedom of contracts, mandatory rules, public policy (l'ordre public), good morals (boni mores).*

др *Мирјана РАДОВИЋ*, LL.M. (Humboldt)
доцент на Правном факултету Универзитета у Београду

ПРЕДМЕТ ЗАЛОГЕ НА ТЕКУЋЕМ РАЧУНУ*

Резиме

Циљ овог рада се огледа у проналажењу одговора на питање, које добро у имовини дужника служи за обезбеђење повериоца у случају успостављања залогe на текућем рачуну. Први део рада садржи објашњење практичног значаја залогe на текућем рачуну као средства обезбеђења повериоца и осврт на проблематику утврђивања њеног предмета. Централни део рада истражује бројна новчана потраживања, која проистичу из текућег рачуна, и указује на њихову подобност да чине предмет залогe. Уз то је истакнут и начин примене начела специјалности (одређености) предмета залогe у случају заснивања залогe на текућем рачуну. Аутор закључује да предмет залогe на текућем рачуну могу да чине не само постојећа, него и будућа расположива средства на рачуну, као и средства кредита у случају коришћења могућности дозвољеног прекорачења рачуна. С тим у вези се критикује досадашње схватање предмета залогe на текућем рачуну у српској правној теорији и пракси, као правно-догматски неутемељено и економски неоправдано.

Кључне речи: *залога, текући рачун, салдо, расположива средства на рачуну, прекорачење рачуна.*

І Увод

У данашње време правни субјекти највећи део својих новчаних средстава држе на новчаним рачунима код банака. Таква ситуација је последица, са једне стране, законске обавезе држања новчаних средстава на банкарском текућем рачуну ради обављања безготовинског плаћања и наплате, која те-

* Рад представља прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ (2015), чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

рети правна лица и физичка лица која обављају делатност,¹ а са друге стране, чињенице да физичка лица своја редовна примања (попут, плата, зарада, социјалне помоћи), уместо готовински, најчешће добијају преко текућег рачуна. Уз то, чак и када није у питању поменута законска обавеза или неопходност отварања текућег рачуна, бројни људи се ипак из различитих разлога одлучују да своја новчана средства држе на новчаном рачуну код банке – ради њиховог сигурнијег чувања, редовног коришћења платних услуга, односно коришћења предности модерних платних инструмената (на пример, платних картица, *on-line* банкарства), итд.

С обзиром на то да новчана средства на банкарским рачунима чине значајан део ликвидне имовине једног лица (имаоца рачуна), његови новчани повериоци су нарочито заинтересовани за намирење својих потраживања управо на тим добрима. У том погледу, новчани поверилац може да иницира принудно намирење или обезбеђење свог потраживања на новчаним средствима дужника код банке у складу са одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу,² односно Закона о платном промету.³ Поред тога, он може да у споразуму са дужником стекне право приоритетног намирења из средстава са дужниковог новчаног рачуна, пре осталих поверилаца имаоца рачуна.⁴ У оба случаја, како код принудног извршења или обезбеђења, тако и код описаног уговарања средства обезбеђења потраживања, новчани поверилац, уз испуњење одређених законских претпоставки, стиче заложно право на рачуну дужника код банке.⁵

1 Закон о обављању плаћања правних лица, предузетника и физичких лица која не обављају делатност, *Службени гласник РС*, бр. 68/2015, чл. 2 ст. 1 и чл. 3 ст. 1.

2 Вид.: нови Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, чл. 299-310, који у овом погледу ступа на снагу 1. јула 2016. године.

3 Закон о платном промету, *Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002, 5/2003, *Службени гласник РС*, бр. 43/2004, 62/2006, 111/2009, 31/2011, 139/2014, чл. 47-49.

4 Упор.: Markus Engel, Netta-Karina Hüppe у: Paul H. Assies, Dirk Beule, Julia Heise, Hartmut Strube (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts: Bank- und Kapitalmarktrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2015, 228.

5 Helmut Merkel у: Herbert Schimansky, Hermann-Josef Bunte, Hans-Jürgen Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch: Band II*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011, 353. Заложно право повериоца у поступку принудног извршења настаје у моменту пленидбе средстава на рачуну, која наступа аутоматски по достављању одговарајућег решења о извршењу банци која води рачун извршног дужника. Исто важи и за поступак обезбеђења, где залога настаје у моменту када банци буде достављено решење о обезбеђењу. Вид.: нови Закон о извршењу и обезбеђењу, чл. 263 ст. 1 и 2, и чл. 422 ст. 1. Насупрот томе, уговорно заложно право повериоца настаје од тренутка када ималац рачуна (дужник) обавести банку да је са повериоцем уговорио да то средство обезбеђења, наравно под условом да у том тренутку постоји предмет залогe (по-

Правна анализа предмета заложног права повериоца на новчаном рачуну дужника је у суштини иста, без обзира на то да ли је оно настало у поступку принудног извршења или на основу слободног уговарања ове врсте средства обезбеђења. Ипак, како би се избегло детаљно полемисање око нејасности, недоследности и непотпуности решења Закона о извршењу и обезбеђењу, односно Закона о платном промету, у овој материји, у даљем тексту ће акценат бити стављен на истраживање предмета залог на рачуну, која настаје на основу уговора између повериоца и дужника (имаоца рачуна). Притом су за залагање подобне различите врсте новчаних рачуна дужника, попут рачуна новчаног депозита, рачуна улога на штедњу, али и текућег рачуна. Међутим, најизраженији проблем одређивања предмета залог постоји управо код текућег рачуна, будући да ова врста новчаног рачуна подразумева најсложенији скуп правних односа између имаоца рачуна и банке, а самим тим и највећи круг потраживања која би могла да буду обухваћена заложним правом повериоца. Из тог разлога је предстојећа анализа усмерена ка истраживању предмета залог на текућем рачуну.

II Практични значај залог на текућем рачуну и њеног предмета

Ималац текућег рачуна је начелно слободан да свом повериоцу омогући стицање заложног права на том рачуну као средство обезбеђења потраживања. Ипак, он ће то у пракси ређе чинити. Разлог се огледа у чињеници да заложно право повериоца на текућем рачуну за последицу има забрану располагања средствима са рачуна од стране дужника (имаоца рачуна).⁶ У том смислу су правна дејства залог супротна основној функцији текућег рачуна да служи несметаном одвијању платног промета, односно извршавању платних трансакција.⁷ Стога ће дужник, који жели да омогући повериоцу успостављање залог на средствима на новчаном рачуну код банке, радије пренети одговарајући износ средстава са текућег рачуна на свој други, посебан рачун (на пример, рачун новчаног депозита), како би поверилац стекао заложно право на тим издвојеним средствима.⁸ На тај начин се постиже

траживање које се залаже). Вид.: М. Engel, N.-K. Hüppe, 228; Н. Merkel, 354, 362 и 400; Georges Decocq, Yves Gérard, Juliette Morel-Maroger, *Droit bancaire*, 2^e édition, Paris, 2014, 248; упор.: Jan-Hendrik Brünink у: Hans-Jürgen Lwowski, Gero Fischer, Katja Langenbucher (Hrsg.), *Das Recht der Kreditsicherung*, 9. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2011, 518, 526; Christian Galvalda, Jean Stoufflet, *Droit bancaire*, 9^e édition, LexisNexis SA, Paris, 2015, 619.

6 М. Engel, N.-K. Hüppe, 228.

7 Закон о платним услугама, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014, чл. 70 ст. 1.

8 Н. Merkel, 368.

жељени ефекат обезбеђења повериоца, уз истовремено задржавање функционалности текућег рачуна као платног рачуна.

Насупрот томе, залога на текућем рачуну се у упоредном праву најчешће успоставља у корист банке која води тај рачун.⁹ У том случају, средства на текућем рачуну служе за обезбеђење свих потраживања банке према имаоцу тог рачуна, која проистекну из његовог коришћења банкарских услуга.¹⁰ Таква залога је правно допуштена, а квалификује се као залога на сопственој обавези (овде, обавези банке према имаоцу рачуна, која произлази из текућег рачуна).¹¹ Она се у упоредном праву редовно уговара са клијентом у склопу општих услова пословања банке, који постају саставни део њиховог уговора. Штавише, како би се имаоцу рачуна омогућило да, упркос заложном праву банке, настави да слободно располаже средствима са текућег рачуна, банка се приликом уговарања залоге истовремено привремено одриче овог свог права до момента активирања (реализације) залоге.¹² Отуда, банка уговором допушта имаоцу рачуна да слободно располаже предметом залоге, те да и надаље користи платне услуге преко тог рачуна.¹³ Наравно, поменуто право имаоца рачуна престаје у тренутку када банка захтева да своје конкретно новчано потраживање према имаоцу текућег рачуна намири реализацијом залоге на том рачуну.

Из свега изложеног се закључује да је практични значај залоге на текућем рачуну велики, нарочито из угла обезбеђења потраживања банке која води тај рачун према клијенту (имаоцу рачуна). Осим тога, не треба заборавити ни изразити значај залоге на текућем рачуну, која настаје као последица пленидбе у поступку принудног извршења на средствима на том рачуну. Одатле произлази и релевантност утврђивања предмета залоге на овој врсти рачуна, чија анализа омогућава одговор на питање: на чему тачно поверилац стиче заложно право када је његово потраживање обезбеђено залогом на текућем рачуну?

9 Н. Merkel, 354; A. U. Neußner, 106 и даље.

10 Hans-Peter Schwintowski, *Bankrecht*, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2011, 41; J.-H. Brünink, 528; Hermann-Josef Bunte у: Herbert Schimansky, Hermann-Josef Bunte, Hans-Jürgen Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch: Band I*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011, 299.

11 J.-H. Brünink, 518; H.-J. Bunte, 306; Н. Merkel, 355 и 368; Christian Mikolajszak, *Die Zwangsvollstreckung in ein Girokonto*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, 177; A. U. Neußner, 106.

12 Н. Merkel, 399; упор.: С. Mikolajszak, 179.

13 Н. Merkel, 399.

III Проблем одређивања предмета залогe на текућем рачуну

Израз „залога на текућем рачуну“ је заправо *falsa nominatio*, будући да рачун као такав не може да буде предмет залогe. Напротив, правно посматрано рачун означава правни однос између банке и клијента (имаоца рачуна), односно скуп њихових истоврсних узајамних потраживања по различитим основима, која се евидентирају на једном рачуну у књиговодственом смислу.¹⁴ Упркос томе, у овом раду се израз „залога на текућем рачуну“ свесно користи, како би се истакла начелна неутралност у погледу исхода анализе њеног предмета. Сваки други израз, попут „залога на салду“, „залога на средствима на рачуну“, у себи аутоматски садржи одговор на питање предмета такве залогe. Насупрот томе, циљ овог рада је да покаже како предмет залогe могу да буду разноврсна потраживања имаоца рачуна према банци, која проистичу из текућег рачуна, а не само потраживање исплате салда, нити само потраживање исплате расположивих средстава на рачуну.

Основни проблем утврђивања предмета залогe на текућем рачуну произлази из чињенице да текући рачун, као најраспрострањенија врста платног рачуна, представља сложен скуп правних односа између банке и имаоца рачуна. Конкретно, текући рачун обухвата права и обавезе сауговараца, које проистичу из: уговора о платним услугама, уговора о отварању и вођењу рачуна, уговора о текућем рачуну, уговора о новчаном депозиту (у случају позитивног стања на рачуну) и уговора о кредиту (у случају негативног стања на рачуну – тзв. прекорачења рачуна). Отуда, на основу ове врсте рачуна настају бројна новчана потраживања имаоца рачуна према банци која води рачун. Нека од тих потраживања већ постоје у датом тренутку, док су друга будућа, јер могу да настану ако се стање на рачуну промени или ако ималац рачуна одлучи да користи кредит у прекорачењу рачуна. Имајући у виду да залогa повериоца може да обухвати не само постојећа, него и будућа потраживања дужника (имаоца рачуна) према трећем лицу (банци),¹⁵ тиме се увећава могући број предмета залогe на рачуну, што додатно усложњава њихову анализу.

14 Упор.: Frank Peterек у: Siegfried Kumpel, Arne Wittig (Hrsg.), *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 4. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2011, 745; H.-P. Schwintowski, 96; Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, 11^e édition, Montchrestien – Lextenso éditions, Paris, 2015, 315; C. Gavalda, J. Stoufflet, 223.

15 J.-H. Brünink, 518; H. Merkel, 369; C. Gavalda, J. Stoufflet, 619; G. Decocq, Y. Gérard, J. Morel-Maroger, 247; C. Mikolajszak, 178; Милош Живковић, „О могућности залагања потраживања из банкарске гаранције и средстава на текућим рачунима уписом у регистар залогe“, *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ – Прилози пројекту 2011* (приредио Светислав Табороши), Београд, 2012, 235.

IV Новчана потраживања у вези са текућим рачуном као могући предмети залогe

Залогa на текућем рачуну је по својој природи врста залогe на потраживању дужника.¹⁶ Према томе, предмет ове залогe чини једно или више новчаних потраживања дужника као имаоца текућег рачуна према банци која тај рачун води. Пошто у вези са текућим рачуном има-лац рачуна може да стекне вишеструка новчана потраживања према банци, као потенцијални предмети залогe ове врсте рачуна у обзир до-лазе: 1. појединачна новчана потраживања везана за рачун; 2. потражи-вање исплате салда; 3. потраживање исплате у висини расположивих средстава на рачуну; и 4. потраживање исплате по основу коришћења кредита у прекорачењу рачуна.

1. Појединачна новчана потраживања везана за рачун

Појединачно новчано потраживање имаоца рачуна према банци је везано за текући рачун, ако постоји уговорна обавеза банке да то потраживање упише, односно прокњижи на датом рачуну, путем одговара-јућег одобрења рачуна.¹⁷ Ималац појединачног новчаног потраживања које је везано за текући рачун нема право да са тим потраживањем сло-бодно располаже.¹⁸ Штавише, он нема право чак ни да захтева његово ис-пуњење мимо текућег рачуна (на пример, готовинском исплатом),¹⁹ већ једино може да тражи од банке одобрење текућег рачуна у износу који одговара износу тог потраживања. Притом, од момента када банка одо-бри текући рачун у висини износа појединачног новчаног потраживања имаоца рачуна, ово потраживање престаје да постоји, а уместо њега има-лац рачуна према банци надаље има само апстрактно новчано потражи-вање на основу извршеног одобрења рачуна.²⁰

Из изложених карактеристика појединачног новчаног потражива-ња, које је везано за текући рачун, произлази да оно није подобно да буде

16 С. Gavalda, J. Stoufflet, 620; T. Bonneau, 381; M. Живковић, 234.

17 Упор.: Jean-Louis Rives-Lange, Monique Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, 6^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 1995, 189. Пример таквог потраживања имаоца текућег рачуна према банци представља потраживање стављања на располагање новчаних средстава примљених у извр-шењу платне трансакције у корист имаоца рачуна као примаоца плаћања.

18 J.-H. Brünink, 528; H.-P. Schwintowski, 166 и 178.

19 H.-P. Schwintowski, 166; F. Peterek, 749.

20 Упор.: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 14. издање, Београд, 2014, 370.

предмет залогe на текућем рачуну.²¹ Са једне стране, ово потраживање је нерасположиво, утолико што ни ималац рачуна нема право да са њим располаже у периоду од његовог настанка до момента уписа у текући рачун. Самим тим је и могућност његове залогe у том периоду искључена. Са друге стране, у тренутку одобрења платног рачуна појединачно потраживање имаоца рачуна према банци престаје да постоји испуњењем. Отуда, од тог момента оно, такође, не може да чини предмет залогe повериоца имаоца рачуна.

2. Потраживање исплате салда

Предмет залогe на текућем рачуну би могло да буде право имаоца рачуна да од банке захтева исплату салда тог рачуна. Наравно да је тада успостављање залогe могуће само под условом да је конкретан салдо позитиван (активан), јер једино такав салдо представља новчано потраживање имаоца рачуна против банке. Насупрот томе, ако је салдо негативан (пасиван), јер је текући рачун прекорачен („у минусу“), то значи да ималац рачуна има новчану обавезу према банци, а таква обавеза свакако не може да служи за обезбеђење потраживања његовог повериоца.

Међутим, могућност настанка залогe на позитивном салду текућег рачуна је вишеструко ограничена. Основни проблем се огледа у чињеници да током функционисања текућег рачуна право имаоца рачуна да од банке захтева исплату позитивног салда представља потраживање везано за рачун.²² Другим речима, ово потраживање не може самостално да се остварује, мимо текућег рачуна. Следствено томе, ималац рачуна нема право да са њим слободно располаже. Напротив, све док текући рачун постоји, потраживање исплате салда искључиво служи за обрачун и утврђивање наредног салда, након одређеног, новог одобрења или задужења рачуна.²³ У том погледу је у српском праву прихваћена француска концепција салда, према којој се свако ново одобрење или задужење текућег рачуна, фигуративно речено, „стапа“ („фузионише“) са постојећим салдом, тако да доводи до настанка новог салда.²⁴ Наведено фузионисање

21 Thomas Grube, *Die Pfändung von Ansprüchen aus dem Giroverhältnis unter besonderer Berücksichtigung von Kontokorrentkrediten*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 1995, 93; J.-H. Brünink, 528; H.-P. Schwintowski, 178; упор.: С. Mikolajszak, 161.

22 J.-H. Brünink, 528.

23 *Ibid.*

24 J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, 225 и 226; С. Gavalda, J. Stoufflet, 291; М. Васиљевић, 371. У том погледу је текући рачун метафорички упоредив са топионицом метала, будући да

је заправо сабирање са претходним салдом, у случају одобрења текућег рачуна, или одузимање од претходног салда, у случају његовог задужења. На основу тако обрачунатог износа аутоматски настаје ново потраживање салда у утврђеној висини,²⁵ које је и само везано за текући рачун и користи се за обрачун и утврђивање следећег салда.

Закључује се да током функционисања текућег рачуна, након сваког појединог одобрења или задужења рачуна настаје ново потраживање салда, које ступа на место појединачних потраживања везаних за рачун, на основу којих је обрачунат. Према томе, након утврђивања новог салда, потраживање претходног салда и потраживање по основу одобрења, односно задужења рачуна се гасе, а уместо њих надаље постоји само ново потраживање салда. Објашњени правни режим потраживања исплате салда, које је везано за текући рачун, важи све до престанка (затварања) текућег рачуна. Тек када се текући рачун затвори, последње утврђено потраживање исплате салда коначно постаје расположиво, те ималац рачуна може да захтева његово испуњење мимо рачуна (на пример, исплатом одговарајућег износа готовог новца).

Објашњене карактеристике потраживања исплате салда су од кључног значаја за анализу могућности његовог залагања. С обзиром на то да је уговарање залозе дозвољено не само на потраживању дужника (имаоца рачуна), које постоји у моменту обавештења дужниковог дужника (банке) о залози, већ под одређеним условима и на будућем потраживању дужника, које настане након обавештавања банке о залози, поставља се питање који салдо може да буде обухваћен залогом на текућем рачуну.²⁶ У том погледу су начелно могућа три одговора: а) салдо у тренутку обавештавања банке о уговореној залози (тзв. постојећи салдо), б) постојећи, али и сваки будући салдо који настане током трајања текућег рачуна, или в) салдо у тренутку затварања текућег рачуна (тзв. коначни салдо).

Строго формалноправно посматрано, потраживање исплате постојећег, али и сваког будућег салда за време функционисања текућег рачуна, није расположиво, јер је везано за текући рачун.²⁷ Из тог разлога,

се појединачна потраживања у њему „топе“ губећи своју индивидуалну одређеност и „стапају“ у јединствену „масу“ која чини салдо.

25 J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, 245.

26 У случају када је заложни поверилац управо банка која води текући рачун није потребно да она буде обавештена о залози, већ је уместо тога релевантан тренутак закључења уговора о залагању текућег рачуна. Вид.: Н.-J. Bunte, 306; J.-H. Brünink, 528.

27 Н. Merkel, 368; J.-H. Brünink, 528.

оно не би могло да чини ни предмет залогe као средства обезбеђења повериоца имаоца рачуна.²⁸ За разлику од тога, ималац рачуна једино има слободу да располаже потраживањем исплате коначног салда, које евентуално буде постојало у моменту престанка текућег рачуна, захваљујући чему једино овај салдо може и да заложи у корист свог повериоца.²⁹ У том случају је реч о залагању будућег потраживања дужника. Ипак, тако схваћен предмет залогe је изразито неповољан за заложног повериоца, који током трајања текућег рачуна не би имао никакву могућност да спречи располагање средствима са текућег рачуна од стране дужника (имаоца рачуна), путем давања платних налога, укључујући и подизања готовине.³⁰ На тај начин би ималац рачуна задржао слободу да утиче на вредност датог предмета обезбеђења, односно висине коначног салда.³¹ Како би умањио наведени ризик, заложни поверилац треба да инсистира на успостављању залогe на неком другом потраживању дужника по основу текућег рачуна, уместо на потраживању исплате (коначног) салда.

3. Потраживање исплате у висини расположивих средстава на рачуну

Осим потраживања исплате коначног салда, поверилац би могао да заснује залогу и на праву имаоца рачуна да од банке захтева новчану исплату у висини расположивих средстава на рачуну. Наведено потраживање имаоца рачуна се заснива на закљученом уговору о платним услугама,³² који неизоставно прати сваки текући рачун. Тим уговором се пружалац услуга (банка) обавезује да ће извршавати платне налоге имаоца рачуна до висине расположивих средстава, при чему та средства има право да користи ради накнаде трошкова извршења платне трансакције. Право имаоца рачуна да у сваком тренутку располаже постојећим средствима на платном рачуну (на пример, захтевањем готовинске исплате или преноса средстава на други рачун) произлази из текућег рачуна, па може да буде предмет залогe на том рачуну.³³

28 J.-H. Brünink, 528; T. Grube, 122.

29 H. Merkel, 368; J.-H. Brünink, 528; упор.: Cédric Alter, *Droit bancaire général*, Editions Larcier, Bruxelles, 2010, 242; C. Gavalda, J. Stoufflet, 301.

30 Упор.: M. Engel, N.-K. Hüppe, 226.

31 H. Merkel, 370.

32 T. Grube, 51 и 65; J.-H. Brünink, 528; H.-P. Schwintowski, 167 и 180; упор.: C. Mikolajszak, 173 и 174; супротно вид.: T. Grube, 119, 120 и 123, према коме ово потраживање проистиче из новчаног депозита, а не уговора о платним услугама.

33 H. Merkel, 368; J.-H. Brünink, 528; F. Peterek, 750.

Под средствима на текућем рачуну у смислу овог потраживања се подразумева жирални новац, односно апстрактно и у сваком тренутку расположиво новчано потраживање имаоца рачуна према банци, које произлази из одобрења рачуна и следственог утврђеног салда у корист имаоца рачуна.³⁴ Сходно томе, расположива средства обухватају искључиво позитивно стање на рачуну,³⁵ али не и средства којима ималац рачуна може да располаже у дозвољеном прекорачењу рачуна.³⁶ Потраживање исплате расположивих средстава постоји у висини утврђеног позитивног салда,³⁷ због чега са сваким новим салдом и ово потраживање, такође, изнова настаје, ступајући на место претходног.³⁸

За разлику од потраживања исплате салда, потраживањем исплате средстава на рачуну ималац може слободно да располаже у сваком тренутку током читавог трајања текућег рачуна. Пошто је ово потраживање расположиво, на њему може пуноважно и да се успостави заложно право у корист повериоца имаоца рачуна. Притом, овде залога може да обухвати не само тренутно потраживање исплате расположивих средстава на рачуну, које постоји у моменту обавештења банке о уговореној залози, него и сва таква будућа потраживања, која настану након тог момента, на основу новоутврђеног позитивног салда текућег рачуна.

4. Потраживање исплате по основу коришћења кредита у прекорачењу рачуна

Ималац текућег рачуна најчешће има право да од банке захтева плаћање и по основу коришћења кредита у прекорачењу рачуна. У том погледу је неопходно правити разлику између дозвољеног и недозвољеног прекорачења рачуна, будући да је она веома значајна из угла могућих предмета залогe на текућем рачуну.

34 S. Werner, 838; упор.: М. С. Malaguti, 22.

35 M. Engel, N.-K. Hürpe, 226.

36 Резервисаним средствима која је банка издвојила ради накнаде трошкова извршења неке текуће платне трансакције ималац рачуна не може слободно да располаже, те она нису обухваћена појмом расположивих средстава.

37 T. Grube, 51.

38 Из тог разлога се у француској правној теорији потраживање исплате провизорног салда поистовећује са овим потраживањем. Вид.: J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, 245.

а) Дозвољено прекорачење рачуна

Под дозвољеним прекорачењем рачуна се подразумева ситуација у којој се банка унапред уговором обавезује да ће имаоцу рачуна на његов захтев ставити на располагање одређени износ кредита до уговореног лимита, а корисник стиче право да кредит користи путем прекорачења рачуна, као и обавезу да врати исти износ са каматом у складу са уговореним условима, при чему се након сваког повраћаја кредитног износа висина одобреног кредита обнавља.³⁹ Описано унапред уговорено, дозвољено прекорачење рачуна се правно квалификује као уговор о отварању револвинг кредита.⁴⁰ С обзиром на то да је кориснику овде отворена кредитна линија, он има слободу да одлучи да ли ће и у ком износу заиста користити кредитна средства. Тек на основу одговарајућег захтева имаоца рачуна у том смислу, између њега и банке настаје уговор о кредиту, на основу кога банка стиче конкретну обавезу да му стави на располагање тражени износ новчаних средстава.

Поставља се питање, да ли права имаоца текућег рачуна по основу дозвољеног прекорачења рачуна могу да буду обухваћена залогом његовог повериоца. Са једне стране, поверилац би могао да покуша успостављање залогне на потраживању исплате новчаних средстава до лимита одобреног кредита, како би његово потраживање било обезбеђено укупно одобреним кредитним средствима, односно максималним износом дозвољеног прекорачења рачуна.⁴¹ Међутим, такав предмет залогне на текућем рачуну не би био допуштен. Разлог се огледа у чињеници да одобрена кредитна средства дају само могућност (опцију) имаоцу рачуна да заиста користи одређени износ кредита до тог лимита. Све док ималац рачуна не затражи стављање одређеног кредитног износа на располагање, између њега и банке не настаје уговор о кредиту. Према томе, у случа-

39 Упор.: Miriam Neth-Unger у: Andreas Fandrich, Ines Karper (Hrsg.), *Münchener Anwalts Handbuch – Bank- und Kapitalmarktrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2012, 147; Christian Merz у: S. Kümpel, A. Wittig (Hrsg.), 1351 и даље; С. Mikolajszak, 230; Т. Grube, 72 и 73. Вид. дефиницију из Закона о заштити корисника финансијских услуга: Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 139/2014, чл. 2 ст. 1 тач. 17: „дозвољено прекорачење рачуна је уговорени износ средстава који банка ставља на располагање кориснику рачуна.“ Наведена дефиниција је изразито непрецизна и не омогућава разликовање ове врсте кредита од осталих кредита који се пуштају у течај мимо рачуна, али ни довољно разграничење у односу на недозвољено прекорачење рачуна.

40 Т. Grube, 73 и 74; о појму уговора о отварању кредита вид.: Dorothee Einsele, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2. Auflage, Tübingen, 2010, 83.

41 С. Mikolajszak, 238.

ју да ималац рачуна није тражио коришћење одређеног кредитног износа, он према банци нема конкретан и остварив захтев за исплату новчаних средстава.⁴² Самим тим, ни поверилац у периоду пре него што ималац рачуна затражи коришћење кредита, не би могао да заснује залогу на потраживању које до тада још увек не постоји.

Са друге стране, поверилац би могао да тражи обезбеђење залогом на праву дужника (имаоца рачуна) да захтева стављање одређеног кредитног износа на располагање.⁴³ На тај начин би он, у случају активирања залогa, стекао могућност да сам, уместо имаоца рачуна, конкретизује износ кредитних средстава, који банка мора да му стави на располагање. Ипак, у упоредном праву се оправдано сматра да ни то није дозвољено.⁴⁴ Наиме, опција имаоца рачуна да захтева стављање на располагање одређеног износа кредита у дозвољеном прекорачењу рачуна представља преображајно право везано за његову личност (*intuitu personae*), које само он може да врши.⁴⁵ Из тог разлога оно не може да чини предмет залогa у корист повериоца. У супротном би се заложном повериоцу допустило да сопственом изјавом воље, у виду конкретног захтева за исплату, натера дужника да постане страна у нежељеном уговору о кредиту,⁴⁶ што је неприхватљиво из угла темељног начела слободе закључења уговора.

Коначно, након што ималац рачуна искористи своју опцију из дозвољеног прекорачења рачуна и затражи стављање на располагање одређеног износа средстава, он према банци стиче конкретно потраживање исплате тог новчаног износа.⁴⁷ Према преовлађујућем мишљењу у упоредноправној теорији ово потраживање имаоца рачуна може да буде обухваћено заложним правом његовог повериоца.⁴⁸ Ипак, практична релевантност таквог предмета залогa је ограничена, будући да он може да буде користан искључиво извршним повериоцима у поступку принудног намирења на текућем рачуну, а евентуално и другим повериоцима који као средство обезбеђења прихвате залогу на текућем рачуну дужника, који се води код неке банке. Насупрот томе, у ситуацији када се залога на текућем рачуну успоставља у корист банке која и води тај рачун, овај предмет залогa нема никаквог прак-

42 H.-P. Schwintowski, 180; T. Grube, 151.

43 C. Mikolajszak, 238.

44 M. Neth-Unger, 147.

45 H.-P. Schwintowski, 180; C. Mikolajszak, 247.

46 H.-P. Schwintowski, 398; уоп.: T. Grube, 150.

47 T. Grube, 151; H.-P. Schwintowski, 180.

48 M. Neth-Unger, 147; J.-H. Brünink, 525; T. Grube, 151 и 174; H.-P. Schwintowski, 181.

тичног значаја, будући да банка као заложни поверилац реализацијом залоге на овом потраживању не може да увећа своју имовину, већ уместо дотадашњег намиреног заложеног потраживања стиче друго, истоврсно потраживање повраћаја датог износа кредита.⁴⁹

б) Недозвољено прекорачење рачуна

Под недозвољеним прекорачењем рачуна се подразумева ситуација у којој банка *ad hoc*, поводом конкретног захтева корисника, прихвати да му да кредит, иако није имала никакву претходно уговорену обавезу да то учини.⁵⁰ Попут дозвољеног прекорачења рачуна, предмет заложног права повериоца имаоца рачуна би и овде требало да буде право имаоца рачуна да захтева од банке стављање на располагање одређеног износа новчаних средстава (кредита). Међутим, код недозвољеног прекорачења рачуна начин закључења уговора о кредиту заправо онемогућава успостављање залоге на овом потраживању. Наиме, овде банка није унапред одобрила имаоцу рачуна кредит, те нема никакву претходну обавезу да на његов захтев закључи конкретан уговор о кредиту.⁵¹ Напротив, након захтева имаоца рачуна банка *ad hoc*, слободно одлучује да ли прихвата његову понуду за закључење уговора о кредиту. Притом је начин прихватања те понуде специфичан, јер се врши самим стављањем тражених новчаних средстава на располагање, као конклюдентном радњом.⁵² Према томе, код недозвољеног прекорачења рачуна уговор о кре-

49 Наведену бесмисленост залоге банке на сопственој обавези исплате кредитног износа најбоље илуструје следећи пример. Банка према клијенту има новчано потраживање накнаде трошкова извршења акредитива у износу од 10.000 динара, које је обезбеђено залогом на праву тог клијента према банци да захтева исплату 10.000 динара на основу коришћења кредита у прекорачењу рачуна. Реализацијом залоге оба наведена потраживања, додуше, престају, јер се сматрају испуњеним, али банци остаје ново, додатно потраживање повраћаја датог кредита у висини од 10.000 динара. Према томе, овим путем је само промењен правни основ, али не и врста, нити висина потраживања банке према клијенту, због чега је такав предмет залоге на текућем рачуну за њу бескористан.

50 С. Merz, 1354; Т. Grube, 73 и 74; упор.: М. Neth-Unger, 147; 33КФУ, чл. 2 ст. 1 тач. 18: „недозвољено прекорачење рачуна је износ средстава које корисник рачуна користи мимо уговорног односа с банком.“ Ова дефиниција је не само непрецизна, него и нетачна, с обзиром на то да и код недозвољеног прекорачења, такође, долази до закључења уговора о кредиту са корисником, с тим што се овај уговор не закључује на основу унапред уговореног одобрења кредита као код дозвољеног прекорачења, него у тренутку када корисник затражи коришћење кредита, а пружалац услуга му то омогући.

51 С. Merz, 1354; упор.: D. Einsele, 84 фн. 13.

52 Т. Grube, 175.

диту се закључује истовремено са испуњењем главне обавезе даваоца кредита према кориснику кредита.⁵³

Из изложеног произлази да уговорна обавеза банке да стави на располагање одређени новчани износ настаје и престаје у истом тренутку. Истина је да између ова два тренутка постоји теоријска временска раздвојеност, јер обавеза прво мора да настане да би била основано испуњена. Међутим, наведена тзв. „логичка секунда“ која раздваја настанак ове обавезе банке и њен престанак испуњењем није довољна из угла настанка залог. Према томе, имајући у виду да код недозвољеног прекорачења рачуна право имаоца рачуна да од банке захтева исплату одређеног новчаног износа у једној „логичкој секунди“ заправо само теоријски постоји,⁵⁴ оно не може да представља подобан предмет залог у корист повериоца имаоца рачуна.⁵⁵

V Начело специјалности (одређености) предмета залог на текућем рачуну

Претходна излагања су показала да предмет залог на текућем рачуну могу да буду различита потраживања имаоца рачуна против банке. Нека од тих потраживања постоје у тренутку обавештавања банке о уговореној залози, док су друга евентуална, будућа, јер могу да настану касније током трајања текућег рачуна. С обзиром на то да заложно право на неком потраживању може пуноважно да настане само ако је то потраживање као предмет залог довољно одређено,⁵⁶ поставља се питање под којим условима је наведен захтев начела специјалности (одређености) предмета залог испуњен када се успоставља залог на текућем рачуну. У том погледу је пре свега неопходно да се приликом уговарања залог недвосмислено одреди ко је ималац потраживања које се залаже, а ко дужник заложног дужника.⁵⁷ Према томе, потраживање које је предмет залог на текућем рачуну не може бити довољно одређено, ако није прецизиран ималац текућег рачуна и банка која води тај рачун. Уз то је потребно да буде одређена врста потраживања које се залаже и правни основ из кога је оно настало.⁵⁸ У случају залог на текућем рачуну овај услов је ис-

53 Упор.: Т. Grube, 86.

54 Т. Grube, 86.

55 М. Neth-Unger, 147; Н.-Р. Schwintowski, 181; D. Einsele, 84 фн. 13; супротно вид.: Т. Grube, 177.

56 А. U. Neußner, 96 и даље; Н. Merkel, 369 и 400.

57 А. U. Neußner, 97; Н. Merkel, 369.

58 А. U. Neußner, 97; Н. Merkel, 369.

пуњен ако се, примера ради, уговори залога на потраживању исплате расположивих средстава на одређеном текућем рачуну, уз навођење података нужних за идентификовање тог рачуна (попут, броја рачуна).⁵⁹

Најзад, када је реч о залагању будућег потраживања, потребно је да већ у моменту уговарања залог постоји правни однос на основу кога оно може да настане, а из кога неспорно произлази врста тог будућег потраживања и идентитет дужника заложног дужника.⁶⁰ Из угла залог на текућем рачуну, будуће потраживање ће бити довољно одређено, ако је јасно утврђена врста тог очекиваног потраживања и конкретан текући рачун као правни однос из кога то потраживање треба да настане.⁶¹ Закључује се да је предмет залог на текућем рачуну довољно одређен, ако је дефинисан ималац рачуна, банка која води рачун, текући рачун из кога заложено потраживање проистиче, врста потраживања које се залаже, а ако истоврсна потраживања на основу текућег рачуна могу да постоје у датом тренутку, али и да настају у будућности – и чињеница да се залаже такво постојеће или будуће потраживање.

VI (Не)схватање предмета залог у српској правној теорији и пракси

Нажалост, у српској правној теорији и пракси објашњена различита новчана потраживања, која настају у вези са вођењем текућег рачуна, нису на прави начин схваћена или уопште нису препозната. Упркос јасном правно-догматском разграничењу између потраживања исплате салда и потраживања исплате расположивих средстава на рачуну, у домаћој правној науци се та потраживања по правилу поистовећују. Отуда, супротно увреженим схватањима у развијеним земљама, на чије се правне системе Србија традиционално угледа, српски правници третирају салдо као потраживање које је током трајања текућег рачуна у сваком тренутку расположиво, па може и да буде предмет залог. Такво схватање је последица непрецизних законских правила,⁶² која до данас у том погледу нису била предмет озбиљније научне анализе. Штавише, у истаживању предмета залог на текућем рачуну, потраживање салда се тумачи

59 Н. Merkel, 429.

60 Т. Grube, 106 и 107.

61 Упор.: С. Gavalda, J. Stoufflet, 619; Т. Grube, 125.

62 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 1038 ст. 2, чл. 1039 ст. 2, чл. 1056.

чи као једно исто потраживање које постоји током читавог трајања рачуна и које се једино по висини мења.⁶³

Насупрот томе, излагања о могућим предметима залогe на текућем рачуну у овом раду су показала да сваки нови упис (одобрење или задужење) текућег рачуна доводи до утврђивања новог потраживања салда, које ступа на место појединачних потраживања на основу којих је обрачунат. Стога, уместо једног потраживања салда које се мења по висини, током функционисања текућег рачуна заправо настају бројна потраживања салда – од претходних, која су у датом тренутку већ престала да постоје, преко једног тренутног (постојећег), до евентуалних будућих, укључујући ту и коначни салдо. Као што је већ истакнуто, иста логика се примењује и на потраживање исплате расположивих средстава на рачуну, које се заснива на утврђеном позитивном салду, те са сваким новим салдом, такође, изнова настаје. Захваљујући томе, и потраживање исплате расположивих средстава на текућем рачуну може да буде постојеће у тренутку заснивања залогe, али и будуће, које ће настати у моменту утврђивања евентуалног новог салда.

Наведена схватања се на одговарајући начин одражавају и на тумачење предмета залогe на текућем рачуну. Следствено томе, у српској правној теорији и пракси је изражено мишљење да предмет залогe на текућем рачуну чини салдо. Осим тога, пошто се салдо разуме као једно потраживање, чија је висина током трајања текућег рачуна променљива, сматра се да предмет залогe услед захтева специјалности (одређености) може да чини једино салдо у висини обрачунатој на дан заснивања заложног права повериоца имаоца рачуна.⁶⁴ За разлику од тога, из анализе пружене у овом раду произлази да потраживање салда током трајања текућег рачуна уопште не може да буде предмет залогe, јер ималац рачуна нема право да њиме слободно располаже. Једини могући предмет залогe у том смислу би могло да чини будуће потраживање исплате евентуално коначног позитивног салда. Насупрот томе, током функционисања текућег рачуна потраживање исплате расположивих средстава на рачуну је итекако подобно да представља предмет залогe. То важи не само за постојеће, него и за свако будуће такво потраживање имаоца рачуна. Из тога произлази да заложним правом повериоца имаоца рачуна могу да буду обухваћена не само средства на рачуну, која постоје у моменту заснивања

63 М. Живковић, 234 и 235.

64 М. Живковић, 229 и 235; Министарство економије и регионалног развоја – Сектор за управне и надзорне послове у области привредних регистара, Правно схватање – закључак, бр. 300-06-00-80/2011-09 од 20.5.2011.

залоге, него и сва будућа средства – наравно, највише до висине обезбеђеног потраживања. Коначно, залога би могла да се успостави и на евентуалном будућем потраживању имаоца рачуна по основу коришћења кредита у дозвољеном прекорачењу рачуна.

VII Предлог правилног тумачења предмета залогe на текућем рачуну

На основу изложене чисте правно-догматске анализе, предмет залогe на текућем рачуну би могла да буду следећа потраживања: 1. потраживање исплате коначног салда који постоји у тренутку затварања (престанка) текућег рачуна; 2. потраживање исплате расположивих средстава на рачуну, које постоји у моменту заснивања залогe; 3. будуће потраживање исплате расположивих средстава на рачуну, које настане након обавештења банке о уговореној залози; и 4. будуће потраживање исплате по основу коришћења кредита у дозвољеном прекорачењу рачуна. Међутим, имајући у виду тренутно стање српске правне науке и праксе у домену текућег рачуна, готово је незамисливо да би приликом уговарања залогe на текућем рачуну поверилац и његов дужник као ималац текућег рачуна тако прецизно и јасно формулисани жељени предмет залогe. Напротив, далеко је вероватније да би том приликом употребили речи попут „залогe на салду“, „залогe на постојећем и сваком будућем салду“, „залогe на средствима на рачуну“, „залогe на постојећим и свим будућим средствима на рачуну“, и сл. Отуда се поставља питање, како треба правилно тумачити поменуте и сличне уговорне одредбе којима се одређује предмет залогe на текућем рачуну.

Према основним принципима тумачења уговора, приликом истраживања садржине сагласних изјава воља не треба се строго држати употребљених речи, у складу са максимумом *falsa nominatio non nocet* („погрешно означавање не шкоди“), већ треба истраживати њихово право значење за уговорне стране. С обзиром на то да је у српској пракси постало уобичајено да се реч „салдо“ у овом смислу користи у значењу потраживања исплате расположивих средстава на рачуну, на тај начин треба схватити и заједничку намеру уговорних страна када се тумачи уговорна одредба којом они одређују предмет залогe на текућем рачуну. Према томе, уговорена залога „на салду текућег рачуна“ ће по правилу бити интерпретирана као залога на постојећем потраживању исплате расположивих средстава на текућем рачуну. Исто важи и за уговарање залогe на „постојећем и сваком будућем салду“,

која по правилу обухвата потраживање исплате не само постојећих, него и евентуалних будућих расположивих средстава на рачуну.⁶⁵

Са друге стране, залога на средствима на текућем рачуну се редовно односи на постојеће потраживање исплате расположивих средстава на рачуну у висини утврђеног позитивног салда. У случају да поверилац и дужник желе да прошире предмет залогe и на будућа потраживања исплате расположивих страна, они би приликом уговарања морали да нагласе да је питању залога на постојећим и будућим средствима на рачуну. Најзад, када постоји намера обезбеђења повериоца и средствима у оквиру дозвољеног прекорачења рачуна, уговором би морало изричито да се истакне да се залога односи и на будућа потраживања која произлазе из коришћења кредита у дозвољеном прекорачењу рачуна.

VIII Закључак

Залога на текућем рачуну, као најраспрострањенијој врсти новчаног рачуна, има велики практични значај. Међутим, сложеност правних односа између банке и имаоца рачуна, који настају у вези са вођењем текућег рачуна, отежава утврђивање њеног предмета. Неспорно је да залога на текућем рачуну представља врсту залогe на новчаном потраживању имаоца тог рачуна према банци, али је спорно која од бројних новчаних потраживања у вези са текућим рачуном уопште могу да буду предмет пуноважне залогe. За разлику од схватања заступљеног у једном делу српске правне теорије и праксе, треба сматрати да као предмет залогe на текућем рачуну може да служи: потраживање исплате коначног салда, постојеће и сва будућа потраживања исплате расположивих средстава на рачуну, али и будућа потраживања исплате по основу коришћења кредита у дозвољеном прекорачењу рачуна. Наведена потраживања ће за потребне пуноважног залагања бити довољно одређена ако је приликом уговарања наглашено ко је ималац текућег рачуна, ко је банка која води рачун, који је тачно текући рачун у питању, која се врста потраживања залаже и да ли је оно постојеће или будуће. При том, уговорне клаузуле којима се у српском праву предвиђа успостављање залогe „на салду – садашњем или будућем“ или „на средствима на рачуну – садашњим или будућим“, због неразвијености правне-догматике текућег ра-

65 У француском праву предмет уговорене „залогe на рачуну“ се тумачи као потраживање провизорног или коначног позитивног салда у моменту реализације залогe. Вид.: С. Gavalda, J. Stoufflet, 620; G. Decocq, Y. Gérard, J. Morel-Maroger, 247. До тог момента се сматра да нису заложена средства на рачуну, па заложни дужник задржава право да њима слободно располаже. Вид.: Т. Bonneau, 381.

чуна и следственог уобичајеног непрецизног изражавања, треба тумачити као залагање постојећег и свих будућих потраживања исплате расположивих средстава на рачуну.

Mirjana RADOVIĆ, PhD, Mag. iur., LL.M. (Humboldt)
Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

PLEGGED ASSET IN CASE OF A CURRENT ACCOUNT PLEDGE

Summary

The aim of this paper is to establish which asset in the debtor's property is used as a security for the creditor's claim in case of establishing a pledge on his/her current account. The first part of the paper explains the practical significance of pledging a current account as a means of securing the creditor's claim against the debtor. The central part of the paper examines the numerous monetary claims which arise out of a current account relationship and determines their suitability to serve as an object of pledge (i.e. the pledged asset). In addition to that, it analyses the application of the principle of certainty with regard to the pledged asset. The author concludes that pledging of a current account can lead to establishing security interests not only on the existing, but also on the future funds on that account, as well as the funds which the debtor decides to use within the agreed account overdraft. Consequently, the current understanding of this issue in the Serbian legal theory and practice is criticized as legally unfounded and economically unjustified.

Key words: *pledge, current account, balance, available funds, overdraft.*

Др Страхиња Д. МИЉКОВИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици

Горан ТИШИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици

ПОЈАМ ПАКЕТ АРАНЖМАНА И ПОВЕЗАНОГ ПУТНОГ АРАНЖМАНА У СВЕТЛУ НОВЕ ДИРЕКТИВЕ ЕУ (2015/2302/ЕУ)

Резиме

Од доношења Директиве 90/314/ЕЕЗ о пакет аранжманима 1990. године дошло је до великих промена на тржишту услуга путовања, услед чега њене одредбе о заштити путника као потрошача више не одговарају модерним условима на тржишту услуга путовања. У циљу осаврењавања ЕУ законодавства у овој области, 25. новембра 2015. године донета је нова Директива 2015/2302/ЕУ о путовању у пакет аранжману и повезаним путним аранжманима.

Нова Директива следи принцип максималне хармонизације Она има реформски карактер и модернизује постојећа правила у више правца, при чему најзначајнију новину представља проширивање подручја заштите путника – потрошача од традиционалних пакет аранжмана и на неке нове врсте комбинованих путних аранжмана. У контексту ове промене, пак, од посебног је значаја редефинисање (проширивање) самог појма пакет аранжмана, увођење новог појма тзв. повезаног путног аранжмана, као и прављење теоријске и практичне дистинкције између ових појмова.

Кључне речи: *Директива, пакет аранжман, повезани путни аранжман, заштита потрошача, хармонизација.*

І Уводне напомене

У Европској Унији (ЕУ) је 25. новембра 2015. године донета нова Директива (2015/2303/ЕУ) о путовањима у пакет аранжманима и повеза-

ним путним аранжманима.¹ Нова Директива је ступила на снагу 31. децембра. 2015. године, 20 дана након њеног објављивања у Службеном листу ЕУ. Државе чланице ЕУ имају рок од две године, односно до 1. јануара 2018. године да транспонују (имплементирају) Директиву, односно да инкорпоришу правила ове Директиве у њихово национално право, чиме би она постала применљива од 1. јула 2018. године.

Директива (ЕУ) 2015/2302 представља, заправо, модернизовану (осавремењену) верзију Директиве 90/314/ЕЕЗ о путовањима у пакет аранжманима из 1990. године.² С тим да треба истаћи да је процес ревизије Директиве 90/314/ЕЕЗ, односно рад на доношењу нове Директиве је трајао релативно дуго.³

Директивом 90/314/ЕЕЗ, која је имплементирана у свим државама чланицама ЕУ и која се у њима и данас примењује, утврђена су бројна права путника-потрошача у односу на путовања у пакет аранжманима. Ово се посебно односи на захтеве у вези са информисањем, на одговор-

-
- 1 Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC, *OJL326*, 11.12.2015, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2302>, 20.03.2016, 1-33.
 - 2 Директива Савета ЕЕЗ о путовању у пакет аранжману, одморима у пакет аранжману и кружним путовањима у пакет аранжману (Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours), *OJ L 158*, 23.06.1990. Више о одредбама ове Директиве видети: Tracy Hodiern, David Botterill, „The EC Travel Directive – for better or worse?“, *Tourism Management*, October 1993, 331-334; Момир Драгашевић, „Директива ЕЗ о организованом путовању, одмору и кружном путовању“, *Право и привреда*, бр. 5-8/1996, 666-673; Момир Драгашевић, „Уговор о организовању путовања и заштита туристе као потрошача“, *Од caveat emptor до caveat venditor* (приредио Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2009, 211-227; Hans Shulte-Nölke, Leonie Meyer-Schwickerath, „Package Travel Directive (90/314)“, *EC Consumer Law Compendium: Comparative Analysis* (eds. Hans Shulte-Nölke in co-operation with Christian Twigg-Flesner and Martin Ebers), Universität Bielefeld, 2008, 210-340; Милена Јовановић Заттила, *Право потрошача*, Ниш, 2013, 146-149.
 - 3 Званично, процес ревизије ЕУ регулативе о путовањима у пакет аранжманима је започео 2007. године, када је Европска комисија објавила један радни документ са питањима за јавну консултацију, упућен заинтересованим субјектима (*stakeholders*), тј. представницима пословних асоцијација из сектора туризма, организацијама потрошача и државама чланицама ЕУ, у циљу да кроз одговоре на постављена питања сазна какви су погледи држава чланица ЕУ и заинтересованих субјеката о спорним питањима и проблемима везаним за примену Директиве и њеној адекватности да одговори тржишним условима. *Working Document on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours*, Brussels, 26.07.2007: доступно на адреси: http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/commission_working_document_final26-07-2007.pdf, 20.02.2016.

ност трговаца у погледу извршења пакет аранжмана и у погледу заштите путника-потрошача за случај инсолвентности трговца (организатора или продавца). Међутим, након доношења Директиве 1990. године, током протеклих 26 година, дошло је до великих промена на тржишту услуга путовања, изазваних првенствено развојем Интернета. Интернет је, уз традиционалне дистрибутивне ланце, постао све важнији медиј путем којег се услуге путовања нуде или продају. Тиме је постало могуће да се услуге путовања комбинују не само у облику традиционалних – унапред припремљених пакет аранжмана (јасно обухваћених Директивом), него и на начин да се прилагоде купцу-путнику. То је условило да се многе од тих комбинација услуга путовања нађу у „сивој зони“, или, пак, да није јасно јесу ли оне обухваћене Директивом 90/314/ЕЕЗ.

Услед наведених промена на тржишту услуга путовања, настала је потреба да се законодавни оквир прилагоди развоју овог тржишта, како би се уклониле нејасноће и решили проблеми везани за постојање правних празнина.⁴ Нова Директива ЕУ управо представља одговор на ову потребу и има за циљ да прилагоди подручје заштите новонасталој ситуацији на тржишту услуга путовања, како би се побољшала транспарентност те повећала правна сигурност како за путнике-потрошаче, тако и за трговце.

Ради остварења наведеног циља, а како би се умањиле разлике између законодавстава држава чланица ЕУ, нова Директива следи принцип максималне хармонизације, за разлику од Директиве 90/314/ЕЕЗ која је предвиђала минималну хармонизацију.⁵ Поред тога, и у садржинском смислу, Директива има реформски карактер и модернизује постојећа правила у више праваца. Један од најважнијих искорака је што се њоме проширује подручје заштите путника-потрошача код традиционалних пакет аранжмана предвиђено постојећом Директивом и на неке нове врсте комбинованих путних аранжмана. Но, побољшања има и у другим питањима. Између осталог, нова Директива обезбеђује већу транспарентност на тржишту омогућавајући путницима да јасно идентификују да ли је оно што им се нуди пакет аранжман или не, чиме се избегава конфузија; она осавременује правила о информисању и истовремено, укида специјална правила о брошурама, будући да су услед развоја Интернета застарела; путницима пружа право на раскид (отказ) уговора пре почетка

4 Рецитал 1, Рецитал 2 и Рецитал 4, Directive (EU) 2015/2302, OJ L 326.

5 „...државе чланице неће задржати или увести у њихово национално право одредбе које одступају од оних предвиђених у Директиви, укључујући више или мање строжије одредбе којима би се обезбедио друкчији ниво заштите путника.“ Directive (EU) 2015/2302, чл. 4.

пакет аранжмана; предвиђа јаснија средства заштите и бољи систем за истицање притужби и захтева ако у вези са путовањем у пакет аранжману нешто не буде у реду; појашњава правило о заштити у случају инсолвентности и изричито обавезује државе чланице ЕУ да обезбеде узајамно признање националних програма заштите од инсолвентности, и сл.⁶

У члану 2. Директиве уређено је подручје њене примене. Директива се примењује на пакет аранжмане који се нуде на продају или продају од трговаца⁷ путницима и на повезане путне аранжмане које трговци омогућују путницима.⁸ Ипак, прецизирано је да се Директива не примењује на: 1) пакет аранжмане и повезане путне аранжмане који обухватају период мањи од 24 часа изузев уколико је укључен смештај са ноћењем; 2) пакет аранжмане и повезане путне аранжмане који се омогућују повремено и на непрофитном основу и само ограниченој групи путника; 3) пакет аранжмане и повезане путне аранжмане купљене на основу генералног (општег) споразума о организовању пословних путовања између трговца и другог правног или

-
- 6 Процењује се да ће нова Директива удвостручити удео заштићених путовања са 23% на 46% на тржишту услуга путовања, што би требало да доведе и до повећаног поверења потрошача у јединствено тржиште ЕУ. Видети: Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to Article 294 of the Treaty on Functioning of the European Union concerning the position of the Council on the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC, 2013/0246 (COD), 5.10.2015.
- 7 Под „трговцем“ сматра се „свако физичко или правно лице, независно од тога да ли је у приватној или јавној својини, које у у вези са уговорима обухваћених овом Директивом делује, између осталог и преко других лица које делују у његово име или за његов рачун, у сврхе повезане са својом трговачком, пословном, обртничком или професионалном делатношћу, било да делује у својству организатора, продавца, трговца који омогућује повезани путни аранжман или као пружалац услуге путовања.“ Видети: Directive (EU) 2015/2302, чл. 3 и 7.
- 8 Већина путника који купују пакет аранжмане или повезане путне аранжмане су и потрошачи у смислу законодавства ЕУ у области заштите потрошача. Међутим, како у пракси није увек једноставно разликовати потрошаче од представника малих предузећа или пословних људи који путовања у вези са својим послом или занимањем резервишу истим каналима као и потрошачи, а за које је путнике често потребан сличан ниво заштите као и потрошачима, то је комунитарни законодавац, у тежњи да заштиту која се нуди Директивом прошири и на оваква лица одлучио да у Директиви напусти израз потрошач из Директиве 90/314/ЕЕЗ за слабију страну у уговору којој се пружа заштита, заменивши га изразом „путник“. Сходно томе, путник се у члану 3.6. нове Директиве дефинише као „свако лице које жели закључити уговор у подручју важења ове Директиве или које има право да путује на основу уговора закљученог у оквиру подручја примене ове Директиве“. О импликацијама ове промене видети детаљније: Вук Радовић, „Појам потрошача код уговора о организовању путовања“, *Strengthening Consumer Protection in Serbia (Јачање заштите потрошача у Србији)* (eds. Thierry Bourgoignie, Татјана Јованић), Београд, 2013, 124-139.

физичког лица које делује у сврхе повезане са својом трговачком, пословном, обртничком или професионалном делатношћу.

II Појам пакет аранжмана

Према члану 3.2. Директиве „пакет аранжман“ се дефинише као комбинација најмање две врсте услуга путовања⁹ за потребе истог путовања или одмора: а) ако се услуге комбинују од стране једног трговца, укључујући на захтев путника или у складу с његовим избором, пре него што се закључи уговор о свим услугама, или б) независно од тога да ли се закључују посебни (одвојени) уговори с појединачним даваоцима (пружаоцима) услуга путовања, ако се те услуге: 1) купују на једној продајној тачки и бирају се пре него што путник пристане да плати; 2) нуде, продају или наплаћују по јединственој или укупној цени, 3) оглашавају или продају под називом пакет аранжман или другим сличним називом, 4) комбинују након закључења уговора којим трговац даје путнику право избора између разних врста услуга путовања, или 5) купују од различитих трговаца путем повезаних поступака *online* резервисања ако се име путника, детаљи о плаћању и *e-mail* адреса преносе са трговца са којим се закључује први уговор на другог трговца или остале трговце а уговор са другим трговцем или осталим каснијим трговцима се закључује најкасније 24 сата након потврде резервације прве услуге путовања.¹⁰

Појам пакет аранжмана је у новој Директиви формулисан знатно сложеније у односу на дефиницију из Директиве 90/314/ЕЕЗ, и постављен је шире. Ипак, суштинско опредељење комунитарног законодавца у вези са појмом пакет аранжмана није промењено. Пакет аранжман као и по Директиви 90/314/ЕЕЗ могу представљати само комбинације најмање две врсте услуга путовања за потребе истог путовања или одмора. Међутим, промењени су поједини обавезни елементи дефиниције, различито опредељен значај компоненти које чине комбинацију, а другачије су постављени и релевантни критеријуми.

За разлику од Директиве 90/314/ЕЕЗ по којој се пакет аранжманом сматра унапред припремљена комбинација најмање две врсте услуга (превоз, боравак, друге туристичке услуге које нису повезане с превозом или борав-

9 Дефинисањем шта се сматра „услугом путовања“, у ствари, концептуално се опредељују битни саставни делови једног пакет аранжмана. Под услугама путовања сматрају се: 1. превоз путника; 2. смештај који није неодвојиви део превоза путника и није у сврхе боравка (становања); 3. изнајмљивање моторних возила (аутомобила, других моторних возила или мотоцикла); 4. било која друга туристичка услуга која није неодвојив део услуге превоза путника, смештаја или изнајмљивања возила. Видети: Directive (EU) 2015/2302, чл. 3.1.

10 Directive (EU) 2015/2302, чл. 3.2.

ком и учествују значајно у цени аранжмана) а које се продају или нуде на продају по јединственој (укупној) цени, а услуге обухватају период дужи од 24 часа или укључују преноћиште, по новој Директиви се више не инсистира на „јединственој (укупној) цени“ нити на захтеву да се ради о „унапред припремљеној комбинацији“ од стране трговца као обавезујућем елементу дефиниције. Тиме се новом формулацијом избегавају многе потешкоће тумачења које су до сада пратиле примену Директиве 90/314/ЕЕЗ,¹¹ али и омогућује да се појмом пакет аранжмана обухвати већи број комбинација две или више врста услуга путовања него по Директиви 90/314/ЕЕЗ, а које познаје пракса и које су постале уобичајене у понуди туроператера и других учесника на тржишту услуга путовања. Дакле, да би постојао пакет аранжман начелно је неопходно да се ради о комбинацији две или више врста услуга путовања, али није неопходно и да се та комбинација нуди по јединственој цени нити она мора бити унапред припремљена од трговца (организатора). Прецизније, минимално је неопходно да постоји скуп услуга путовања, тј. најмање две од три наведене врсте услуга путовања, чија комбинација може бити различита (превоз и смештај, превоз и друга туристичка услуга, смештај и друга туристичка услуга). Међутим, пружање две услуге путовања које спадају у исту врсту не може представљати пакет аранжман.¹² С друге стране, пракса показује да се услуге путовања могу комбиновати на различите начине. Међутим, по комунитарном законодавцу нису све те комбинације подобне да се третирају и као пакет аранжмани у смислу Директиве, већ само оне, али и све оне комбинације услуга путовања које имају обележја које путници обично повезују с пакет аранжманима, посебно то да се различите услуге путовања повезују у јединствен туристички производ за чије правилно извршење одговорност преузима трговац-организатор путовања.

У складу са праксом Суда Европске Уније¹³ по којој за постојање пакет аранжмана није важно да ли се услуге путовања комбинују пре

11 О различитим дилемама везаним за појам пакет аранжмана према Директиви 90/314/ЕЕЗ и о питању „јединствене цене“ као конституишућег елемента појма пакет аранжмана, видети опширније са упућивањима: Trevor Atherton, „Package holidays: legal aspects“, *Tourism Management*, 1994, 193-199; Matthew Chapman, „Holidays, Excursions, Trips, Tours, Promotions Packages? A Voyage Around Regulation 2(1) Of The Package Travel Regulations 1992“, *International Travel Law Journal*, 2004, 129-134; Ian Kilbey, „Tailor-made Holidays –Is the CAA/DTI Advice Correct?“, *International Travel Law Journal*, 2005, 129-132; Simon Bunce, „What is Package?“, *International Travel Law Journal*, 2007, 135-138.

12 Искрпно о појму пакет аранжмана видети: Вук Радовић, „Ширење појма уговора о организовању путовања“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2014, 297-321.

13 Видети одлуку у предмету: *C-400/00 Club Tour, Viagens e Turismo SA v. Alberto Carlos Lobo Goncalves Garrido, Club Med Viagens Ld*, ECR 2002, I-4065-4074.

контактирања с путником или се то чини на његов захтев, односно по његовом избору, новом дефиницијом пакет аранжмана су поред тзв. традиционалних пакет аранжмана тј. од трговца претходно припремљени пакет аранжмани (енг. *pre-arranged packages*), обухваћени и пакет аранжмани које трговац припрема према посебним захтевима или избору потрошача, тзв. подешени пакет аранжмани (енг. *customised packages, tailor-made packages*).¹⁴ Штавише, новом формулацијом су обухваћени и пакет аранжмани код којих путници самостално комбинују услуге путовања различитих трговаца преко Интернета, познати под називом „динамични пакет аранжмани“ (енг. *dynamic packages*),¹⁵ у оквиру којих су обухваћене и одређене *online* комбинације услуга путовања познате под називом „*click-through combinations*“.

Принципијелно полазиште је да иста начела треба да се примењују независно од тога да ли се резервисање услуга путовања за сврхе истог путовања или одмора врши у пословници путничке агенције или *online*, тј. путем Интернета. Тако се у вези појма пакет аранжмана постављају одређени алтернативни критеријуми, при чему се на основу начина на који се услуге путовања представљају потрошачу-путнику, комбинације које испуњавају било који о алтернативних критеријума утврђених у члану 3. став 2. Директиве сматрају пакет аранжманима уз одговарајуће правне последице које проистичу из овакве квалификације. Суштина овог приступа појмовној концептуализацији пакет аранжмана је дакле у томе, што се пакет аранжман дефинише на основу више алтернативних објективних критеријума који се већином односе на начин на који се услуге путовања приказују или купују, а где путници могу оправдано очекивати да су заштићени посебним правилима о заштити потрошача код путовања у пакет аранжману која им се пружа Директивом. То је нпр. случај ако се различите услуге путовања за исто путовање или одмор купују у оквиру истог поступка резервисања на истој продајној тачки¹⁶ или ако се такве услуге нуде или наплаћују по јединственој или укупној цени,

14 Више о појму видети: I. Kilbey, 129-132.

15 О појму динамичних пакет аранжмана видети: Study on Consumer Detriment in the area of Dynamic Packages, Final report to European Commission – Helth and Consumers DG, prepared by London Economics, November, 2009, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/study_consumer_detriment_dyna_packages_en.pdf, 15.02.2016, 1.

16 Продајна тачка означава сваки малопродајни објект, било покретни или непокретни или интернет страницу за малопродају или сличан *online* систем за продају, између осталог кад се интернет странице за малопродају или *online* системи за продају путницима представљају као јединствен систем, укључујући телефонску службу. Видети: Directive (EU) 2015/2302, чл. 3.15.

као и у случају када се такве услуге оглашавају или продају под називом „пакет аранжман“¹⁷ или под сличним називом који указује на блиску повезаност између дотичних услуга путовања.¹⁸ При томе, ако се услуге путовања одаберу пре него што путник пристане да за њих плати, сматра се да се те услуге прибављају у оквиру истог поступка резервисања. Осим наведених случајева, по Директиви се пакет аранжманом сматрају и комбинације услуга путовања које се купују од различитих трговаца путем повезаних поступака *online* резервисања уколико се име путника, детаљи о плаћању и *e-mail* адреса преносе са трговца са којим се закључује први уговор на другом трговца или остале трговце, а уговор са другим трговцем или осталим каснијим трговцима се закључује најкасније 24 сата након потврде резервације прве услуге путовања.

III Појам повезаног путног аранжмана

Од пакет аранжмана се разликује тзв. „повезани путни аранжман“. Према Директиви, повезани путни аранжман представља комбинацију најмање две различите врсте услуга путовања купљене за потребе истог путовања или одмора које не представљају пакет аранжман, и које за последицу имају закључење засебних уговора с појединачним пружаоцима услуга путовања, ако трговац: 1) приликом једне посете продајној тачки или једног контакта с њом путницима омогућује засебно одабирање и засебно плаћање сваке услуге путовања; или 2) омогућује циљану куповину најмање једне додатне услуге путовања од другог трговца ако се уговор с тим другим трговцем закључује најкасније 24 сата након потврде резервације прве услуге путовања.

Ово је један нови модел обухваћен режимом заштите и намењен је да обезбеди заштиту путницима од инсолвентности пружаоца услуга где је трговац омогућио комбинацију услуга, али где веза између трговаца у питању није тако тесна да би се радило о пакет аранжману који се продаје или нуди на продају.

Дакле, у циљу транспарентности пакет аранжмане треба разликовати од повезаних путних аранжмана. Оно што одликује повезане путне аранжмане то је да трговци у пословницама или *online* трговци помажу путни-

17 Овакав ће случај постојати ако путник на ТВ види рекламу за неки одмор у пакет аранжману и купи га путем телефона. У хипотези да се рекламирани „одмор у пакет аранжману“ састоји од бар две услуге путовања, ово ће бити пакет аранжман јер је рекламиран као пакет аранжман.

18 Такви слични називи могу бити нпр. „комбинована понуда“, „све укључено у цену“ или „аранжман у који је све укључено“. Упор.: Directive (EU) 2015/2302, Рецитал (10).

цима приликом једне посете или контакта са њиховом тачком продаје у закључивању засебних уговора са појединим пружаоцима услуга или *online* трговци нпр. путем повезаног *online* поступка резервисања омогућавају на један циљан начин бар једну додатну услугу путовања од другог трговца, тако да се уговор закључује најкасније 24 часа након потврде резервације прве услуге путовања.¹⁹ Такав је нпр. случај где заједно са потврдом резервације прве услуге путовања (лет или путовање возом) путник прими позив да резервише додатну услугу путовања на изабраној дестинацији, нпр. хотелски смештај, са линком на веб сајт за резервисање другог пружаоца услуге или посредника.²⁰ Такви уговори немају обележја пакет аранжмана и зато се на њих не примењује сва правила која се примењују на пакет аранжмане.²¹

С друге стране, повезане путне аранжмане треба разликовати од услуга путовања које путници резервишу појединачно, често и у различито време, па макар то било и за потребе истог путовања или одмора. Исто тако, треба разликовати *online* повезане путне аранжмане од повезаних интернет страница (међусобно повезаних веб сајтова) чији циљ није закључење уговора с путником, као и од линкова преко којих се путници само обавештавају о даљим услугама путовања на један уопштен начин (нпр. када хотел или организатор догађаја на свом веб сајту прикаже попис свих оператера који нуде услуге превоза до хотела или места догађаја независно од било каквог резервисања или ако се за оглашавање на интернет страницама користе тзв. „колачићи“ или метаподаци).²²

IV Значај разликовања пакет аранжмана од повезаног путног аранжмана

За разлику од пакет аранжмана, чијем је уређењу посвећен највећи део одредаба Директиве, на повезане путне аранжмане применљиво је само неколико одредаба: оне које се односе на заштиту у случају инсолвентности, на обавезу информисања путника да ће сваки појединачни пружалац услуге бити једино одговоран за њено извршење, оне које успостављају одговорност продавца за грешке приликом резервисања и за

19 Таква омогућавања често ће бити заснована на комерцијалној вези међу трговцима која укључују плаћања између трговца који омогућује додатне услуге путовања и другог трговца.

20 Directive (EU) 2015/2302, Рецитал (13).

21 Directive (EU) 2015/2302, Рецитал (9).

22 Directive (EU) 2015/2302, Рецитал (12).

случај да је седиште организатора путовања ван ЕУ, а продавца у ЕУ.²³ Такво уређење сведочи да са становишта комунитарног законодавца ове две категорије комбинованих путних аранжмана уживају неједнак третман а што је последица различитог става о потреби заштите путника код једних, односно других. Импликација ове дистинкције, тј. разликовања на ове две категорије комбинованих путних аранжмана, тј., на „пакет аранжмане“ и „повезане путне аранжмане“ огледа се у различитом правном режиму који се примењује. Наиме, квалификација комбинација услуга путовања као пакет аранжмана повлачи пуну заштиту путника-потрошача, насупрот повезаним путним аранжманима који повлаче ограничену заштиту, првенствено заштиту за случај инсолвентности.²⁴

V Закључак

Постојећа правила ЕУ о путовањима у пакет аранжману садржана у Директиви 90/314/ЕЕЗ и имплементирана у свим државама чланицама ЕУ не обезбеђују потребан ниво заштите путницима-потрошачима, јер нису прилагођена новим тржишним реалностима, будући да се након усвајања Директиве 90/314/ЕЕЗ, у протеклих 25 година, тржиште услуга путовања добоко и суштински изменило: захтеви и очекивања путника-потрошача су се развили у новим правцима, а појавили су се и нови „алтернативни“ пословни модели, посебно *online*. Нова Директива 2015/2303/ЕУ има за циљ да попуни правне празнине које су се у међувремену појавиле и унапреди постојећи законодавни оквир како би се омогућило саобраћавање нивоа заштите путника-потрошача новим тржишним реалностима. У оквиру ових нормативних промена посебан значај има редефинисање пој-

23 Видети: Драган Вујисић, „У сусрет новој Директиви о „путним аранжманима“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 348.

24 У случају повезаних путних аранжмана, трговци који омогућују повезане путне аранжмане дужни су да пруже осигурање за повраћај износа које су уплатили путници у оној мери у којој се услуга путовања која је део повезаног путног аранжмана не извршава као последица њихове инсолвентности. Ако су такви трговци странка која је одговорна за превоз путника, осигурањем ће бити покривена и репатријација путника (повратак путника на место поласка). Осим тога, пре него што се путник обавезе било којим уговором који води настанку повезаног путног аранжмана, трговац који омогућује повезане путне аранжмане, укључујући кад нема пословно седиште у држави чланици ЕУ, али на било који начин усмерава такве активности према држави чланици ЕУ, дужан је да на јасан и лако уочљив начин пружи специфичну предуговорну информацију, а) да се путник неће моћи користити ниједним од права која се Директивом пружа искључиво путницима у пакет аранжманима те да ће сваки пружалац услуга бити искључиво одговоран за уредно извршење својих услуга, као и б) да ће се путник моћи користити заштитом у случају инсолвентности.

ма пакет аранжмана и увођење концепта повезаног путног аранжмана, те њихово нормативно разликовање које треба да одслика и различите правне последице у пракси. Колико се у овоме успело, и у којој мери ће поменуте нормативне промене допринети рашћишћавању ситуације на тржишту услуга путовања показате време и пракса примене нове Директиве након њене имплементације у државама чланицама ЕУ.

Strahinja D. MILJKOVIĆ, PhD

**Assistant Professor at the Faculty of Law University of Priština,
with a temporary seat in Kosovska Mitrovica**

Goran TIŠIĆ

**Junior faculty member at the Faculty of Law University of Priština,
with a temporary seat in Kosovska Mitrovica**

THE NOTION OF THE PACKAGE TRAVEL AND LINKED TRAVEL ARRANGEMENT IN THE LIGHT OF THE NEW DIRECTIVE EU (2015/2302/EU)

Summary

Since the adoption of Directive 90/314/EEC on package travel in 1990, there have been major changes in the market travel services, due to which its provisions on the protection of passengers as consumers no longer correspond to modern conditions in the market travel services. In order to modernize EU legislation in this area, on 25 November 25, 2015 a new Directive 2015/2302 / EU of traveling on a package travel and linked travel arrangements was adopted.

The new Directive is based on maximum harmonization. It has reforming character and it modernizes current rules in many points. Key novelty is the expansion of the scope of the consumer-traveler protection to cover not only traditional package travel, but also some new forms of combined travel. In the context of this transformation, significant is redefining (expansion) of the definition (notion) of the package travel, introduction of the new concept of the linked travel arrangement, and delineation its theoretical and practical difference.

Key words: *Directive, package travel, linked travel arrangements, consumer protection, harmonization.*

Др *Андреј МИЋОВИЋ*
доцент Факултета за хотелијерство и туризам у Врњачкој Бањи
Универзитета у Крагујевцу

ТАЈМ-ШЕРИНГ И ПОВЕЗАНИ УГОВОРИ*

Резиме

Појавом одређених послова у пракси који нису били регулисани претходном Директивом ЕУ 94/47, као што су послови препродаје и размене тајм-шеринга, интереси потрошача били су угрожени. Како би се потрошачи заштитили од нове праксе, односно послова, донета је Директива ЕУ 2008/122. Том Директивом се европски законодавац одлучио да озакони, а не да забрани нову праксу, да је подведе под општа правила о ТШ, и тиме пружи бољу заштиту потрошачима ширењем поља примене, између осталог, и на тзв. повезане уговоре. Међу тим уговорима, потребно је направити разлику између уговора који се закључују у функцији стицања права коришћења (уговор о кредиту) и оних који се закључују у функцији располагања стеченим правом коришћења (уговор о помоћи приликом препродаје и уговор о омогућавању размене тајм-шеринга).

Кључне речи: *тајм-шеринг, повезани уговори, уговор о кредиту, уговор о помоћи приликом препродаје, уговор о омогућавању размене.*

І Уводне напомене

За разлику од деведесетих година прошлог века које, када се ради о тајм-шерингу,¹ карактерише његово ширење (у територијалном смислу) и раст (у економском смислу), почетком двехиљадитих ТШ је почео да прати лош глас. Разлог томе је што су учесници на ТШ тржишту почели да користе и развијају облике недозвољене и нелојалне трговачке праксе, због чега су потенцијални корисници ТШ постали неповерљиви.

* 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.

1 У даљем тексту и фуснотама: ТШ.

Како би избегли примену Директиве ЕУ 94/47 трговци ТШ су своје активности усмерили на обављање послова који нису били обухваћени Директивом, као што су послови препродаје ТШ или продаје права која проистичу из чланства у мрежи клубова за одмор.

Успостављена пракса и послови представљали су претњу за интересе потрошача, пре свега у финансијском смислу,² нарочито ако се има у виду да је била регулисана куповина, али не и препродаја права коришћења или неких других сличних производа. Како би се потрошачи заштитили од нове праксе, односно послова, донета је Директива ЕУ 2008/122. Том Директивом се европски законодавац одлучио да озакони, а не да забрани нову праксу³ (у том смислу чињени су предлози),⁴ да је подведе под општа правила о ТШ, и тиме пружи бољу заштиту потрошачима ширењем поља примене, између осталог,⁵ и на тзв. повезане уговоре.⁶ Према намени коју имају, повезани уговори могу да се поделе на оне који се закључују у функцији стицања права коришћења (уговор о кредиту) и оне

- 2 На тржишту су се појављивали бројни субјекти који су предлагали титуларима ТШ да их овласте за препродају ТШ, уз захтев да авансирају одређени износ на име накнаде и трошкова. Након наплате аванса, та лица, која често нису поседовала ништа више од поштанског сандучета и мобилног телефона, нестајала су, а посао препродаје никад није био обављен. Или, нуди се закључење уговора, тзв. пакет (услуга) за одмор, на период краћи од три године (према Директиви ЕУ 94/47 ТШ се закључивао на три и више година), чиме се избегавала примена важећих правила и слабо положење потрошача. О томе: *Timeshare et formules «Pack vacances»: attentionaux abus*, http://ec.europa.eu/france/pdf/broch-timeshare-pack-vacances_fr.pdf, 1.4.2016, 1-2.
- 3 Као разлог је наведено да се тиме попуњавају постојеће празнине које: значајно нарушавају тржишну утакмицу, потрошачима узрокују проблеме, спречавају неометано функционисање унутрашњег тржишта (Преамбула бр. 2. Директиве ЕУ 2008/122).
- 4 О томе: *La directive européenne du 26 octobre 1994, et la nouvelle directive de 2008*, <http://www.tempspartage.org/directive.php> (1.4.2016).
- 5 Поље примене је проширено и на уговоре закључене на рок од најмање годину дана, који имају за предмет не само непокретности већ и покретне ствари, поводом којих се накнада може плаћати и сукцесивно, као и на уговоре о трајним олакшицама за одмор.
- 6 Кад је у питању појмовно одређење повезаних уговора, у домаћем праву се могу уочити значајна одступања између претходног и важећег Закона о заштити потрошача (ЗЗП). Наиме, према чл. 5. ст. 1. тач. 16. ЗЗП из 2010. године (*Сл. гласник РС*, бр. 73/2010), повезани уговор је дефинисан као уговор о продаји робе или пружању услуга који је закључен између потрошача и трговца или између потрошача и трећег лица на основу споразума између трговца и трећег лица, а који је у вези са другим уговором између трговца и потрошача. За разлику од овог одређења, које је дато на ваљан начин, у чл. 5. ст. 1. тач. 17. важећег ЗЗП, повезани уговори се несватљиво везују само за одређене модалитете закључења уговора, па се наводи да је то уговор на основу којег потрошач прибавља робу или услуге које су у вези са уговором закљученим на даљину и изван пословних просторија трговца или трећег лица са којим трговац има споразум (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016 – други закон).

који се закључују у функцији располагања са стеченим правом коришћења (уговор о помоћи приликом препродаје и уговор о омогућавању размене ТШ).⁷

II Уговор о кредиту

У функцији стицања права коришћења може се закључити уговор о кредиту. У нашем праву питања која се постављају поводом потрошачког кредита су уређена Законом о заштити корисника финансијских услуга,⁸ а када се ради о ЕУ Директивом 2008/48 о уговорима о потрошачким кредитима, а потом Директивом 2014/17⁹ о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене непокретности. Одредбама Директиве ЕУ 2008/122 и ЗЗП регулисана су питања која се тичу престанка уговора о кредиту који је одобрен поводом ТШ (чл. 11. ст. 2. Директиве 2008/122 и чл. 119. ЗЗП). С тим у вези, ако је ради потпуне или делимичне исплате цене из уговора о ТШ потрошачу одобрен кредит од стране трговца или треће особе, на основу споразума те особе и трговца, одустанком од ТШ престаје да важи и кредитни споразум. У случају раскида уговора о кредиту потрошач није дужан да плати даваоцу кредита никакву накнаду, трошкове, камату или казну, нити је дужан да му надокнади штету. Повезани уговор се раскида у тренутку кад трговац прими обавештење о одустанку од уговора. Ако је повезани уговор склопљен с трећом особом, на основу његовог споразума с трговцем, потрошач није дужан да обавести ту особу о раскиду уговора, већ је то дужан да учини трговац. Трговац или трећа особа, с којом је потрошач склопио повезани уговор, дужна је да потрошачу врати све што је на основу повезаног уговора примила од њега.

III Уговор о помоћи приликом препродаје

Уговор о помоћи приликом препродаје је уговор којим се трговац обавезује да потрошачу пружи помоћ приликом куповине или продаје временски подељеног коришћења непокретности или трајних олакшица

7 Због тога што дејство тзв. повезаних уговора зависи од дејства основног, ТШ уговора, било би боље да се говори о споредним или акцесорним уговорима. Осим тога, такав термин се користи и у Директиви ЕУ 2008/122, а њиме се означава уговор којим потрошач прибавља услуге везане за ТШ или уговор о дугорочном производу за одмор, а које пружа трговац или треће лице по основу ангажмана између поменутог трећег лица и трговца (чл. 2. ст. 1. тач. г).

8 *Сл. гласник РС*, бр. 36/11.

9 *Сл. лист ЕУ*, бр. 60/14.

за одмор, а потрошач се обавезује да му за то плати накнаду.¹⁰ Одредбама ЗЗП прописана је обавеза трговца да потрошачу пружи помоћ приликом препродаје права коришћења односно трајних олакшица за одмор (чл. 120. ст. 1), при чему се истовремено прописује санкција трговцу који не испуни своју обавезу. Та санкција се огледа у праву потрошача да захтева од трговца да откупи право коришћења или трајне олакшице за одмор (чл. 120. ст. 2). Иначе, закључењем овог уговора трговац преузима облигацију средства, а не циља (резултата). Он не одговара ако и поред тога што је уложио одговарајућу пажњу, није дошло до препродаје.

Терминолошки посматрано назив овог уговора, који је усвојен у нашем ЗЗП, другачији је од онога који је садржан у Директиви ЕУ 2008/122 а гласи „уговор о препродаји“. Разлог за ово одступање могао би се вероватно наћи у настојању нашег законодавца да нагласи да овај уговор нема природу уговора о продаји, већ да се ради о уговору којим се дају овлашћења трговцу како би могла да се реализује препродаја. Ради остварења тог циља трговац је дужан, уз накнаду, да помогне потрошачу. Препродаја може да се врши преко система који организује трговац или неко треће лице, о чему информација мора да буде садржана у стандардном информативном обрасцу.

Иако се у ЗЗП о томе не говори, овај уговор има одређене специфичности које се тичу предмета уговора и уговорних страна, начина стицања, правне природе по којима се и разликује у односу на уговоре који се односе на куповину односно продају ТШ односно трајних олакшица за одмор.

Предмет препродаје може бити само уговор чије трајање није истекло, у вези са којим потрошач свој преостали период временски подељеног коришћења, са свим правима и обавезама, уступа неком трећем лицу или трговцу. Путем препродаје ТШ, стиче се право коришћења смештајне јединице на индиректан начин, за разлику од продаје ТШ где се право коришћења стиче на директан начин. У првом случају врши се препродаја коришћених смештајних јединица, а право коришћења се откупљује од другог лица које нема статус промотера ТШ,¹¹ док се у другом случају стиче право коришћења потпуно нове смештајне јединице (у

10 Чл. 5. ст. 1. тач. 28. ЗЗП.

11 Ипак, с обзиром да се у пракси препродаја не остварује лако, нису ретке ситуације да се право коришћења стиче управо од трговца. Наиме, титулари, када не успевају у намери да препродају ТШ, опредељују се за солуцију да трговцу препусте ТШ без накнаде и тако изгубе уложени новац, али се барем ослободе плаћања годишњих накнада. О томе: *La revente d' un timeshare*, http://www.eccbelgie.be/images/downloads/timesharing_resell_fr_hr %281%29.pdf, 1.4.2016, 2.

оквиру новоизграђеног објекта или објекта у изградњи) или коришћене смештајне јединице директно од промотера ТШ. Дакле, препродајом се на новог титулара ТШ преноси онај обим права и обавеза из уговора које има постојећи титулар. Право коришћења стицаоца (новог титулара ТШ) изводи се из права његовог претходника, а до преноса права долази на основу уговора о помоћи приликом препродаје.

Уговор о помоћи приликом препродаје има елементе уговора о посредовању. Потрошач с једне стране има положај налогодавца, јер издаје налог трговцу о куповини или продаји права коришћења, а трговац се налази у улози посредника који треба да доведе у везу заинтересоване стране.¹² Сличност са уговором о посредовању се састоји и у томе што се накнада за извршену услугу плаћа под условом да уговор буде закључен, односно да до препродаје заиста и дође.

Препродаја права коришћења врши се уступањем уговора. Према општим облигационим правилима свака страна у двостраном уговору може, ако на то пристане друга страна, уступити уговор трећем лицу, које тиме постаје носилац свих њених права и обавеза из тог уговора (чл. 145. ст. 1. ЗОО). Дакле, уступањем уговора мења се носилац права коришћења, односно носилац права и обавеза из уговора о ТШ. Што се тиче престанка на уступање, може се сматрати да је трговац свој престанак дао унапред, пре закључења споразума о уступању. Али за разлику од општих правила о уступању, уговорни однос између уступиоца и друге стране не прелази на пријемника у часу кад је трговац, као друга страна, обавештен о уступању,¹³ већ по окончању процеса преноса права коришћења на новог титулара. Тај процес ће зависити од врсте ТШ (власнички, кориснички) као и од законских претпоставки које важе у земљи у којој се препродаја обавља. У сваком случају, промена титулара ТШ мора се назначити у одговарајућим документима који се воде код трговца али и у земљишним књигама, кад је у питању пренос власничког облика ТШ. За услуге уписа права коришћења новог титулара плаћа се одговарајућа накнада.

12 Законом се не објашњава шта се подразумева под пружањем помоћи приликом препродаје права коришћења. Посредно би се могло закључити да трговац има обавезе посредника које су предвиђене одредбама ЗОО. Наиме, према чл. 813. ЗОО, уговором о посредовању, обавезује се посредник да настоји наћи и довести у везу са налогодавцем лице које би с њим преговарало о закључењу одређеног уговора, а налогодавац се обавезује да му исплати одређену накнаду, ако тај уговор буде закључен. Међутим, ако трговац не учествује у проналажењу лица ради закључења уговора, већ се пружање помоћи ограничава на давање информација о намераваној препродаји, у таквом случају не би могло да се говори о посредничком односу.

13 Видети: чл. 145. ст. 2. ЗОО.

Поводом препродаје потребно је да буду задовољена одређена законска правила која се односе на предуговорно информисање¹⁴ и забрану авансног плаћања. Забрана авансних плаћања је прописана како одредбама Директиве ЕУ 2008/122, тако и одредбама ЗЗП, али на различит начин. У Директиви се узимају у обзир два момента према којима се одређује забрана авансног плаћања за ТШ, сличне и повезане уговоре. Када се ради о ТШ, трајним олакшицама за одмор и размени, изричито се забрањује свака авансна исплата од стране потрошача трговцу или трећем лицу док не истекне рок за вршење права на одустанак (чл. 9. ст. 1). Када се ради о препродаји, изричито се забрањује свака авансна исплата све док се не изврши стварна продаја или се уговор о препродаји не раскине на други начин (чл. 9. ст. 2).¹⁵ Забрана се односи на било какву авансну исплату (укључују-

14 У оквиру обавезе предуговорног обавештавања, трговац је дужан да потрошача обавести о подацима наведеним у стандардном информативном обрасцу за уговор о помоћи приликом препродаје (у случају закључења уговора о препродаји ти подаци постаје саставни део уговора). Тај образац се састоји из три дела, а његова садржина је прописана Уредбом о садржини стандардног информативног обрасца за уговоре о временски подељеном коришћењу непокретности, о трајним олакшицама за одмор, о помоћи приликом препродаје и о омогућавању размене (*Сл. гласник РС*, бр. 12/2015). У првом делу су садржани подаци који се односе на: идентитет, пребивалиште/седиште и правни статус трговца који је уговорна страна; сажети опис услуге (нпр. маркетинг); трајање уговора; цену коју потрошач треба да плати за добијање услуга; преглед додатних обавезних трошкова који произилазе из уговора; врсту трошкова и назнаку износа (нпр. локални порези, бележничке тарифе, цена оглашавања); услове за раскид уговора, последице раскида и информације о одговорности потрошача за трошкове који могу настати услед раскида; кодекс понашања, односно да ли је трговац потписао кодекс и, ако јесте, где је могуће наћи тај кодекс. У другом делу су садржане опште информације и то да: потрошач има право да без објашњења одустане од уговора у року од 14 календарских дана од дана закључења уговора или другог обавезујућег предуговора или од њиховог пријема уколико је до пријема дошло касније; свака авансна исплата од стране потрошача је забрањена све док се не изврши стварна продаја или се уговор о препродаји раскине на други начин;¹⁴ потрошач не може да сноси било какав трошак или обавезу осим оних наведених у уговору; према правилима међународног приватног права, уговор може бити уређен правом земље која није држава чланица у којој потрошач пребива или уобичајено живи, а могући спорови се могу изнећи пред судове који нису судови државе чланице у којој потрошач пребива или уобичајено живи. Овај део обрасца потрошач мора посебно потписати, како би се осигурало да је потрошач упознат са својим основним правима из уговора. Трећи део се односи на додатне информације на које потрошач има право и где се тачно могу наћи (на пример, у ком поглављу брошуре општег карактера) ако нису обезбеђене у даљем тексту: назнака о језику/језицима који се могу користити за комуникацију са трговцем, на пример, у вези поступања са упитима и притужбама; где је применљиво, могућност за вансудско решавање спорова.

15 Државе чланице имају слободу да уреде могућност и модалитете коначне исплате посредницима у случају раскида уговора о препродаји (Преамбула 14. Директиве ЕУ 2008/122).

ћи исплату, давање гаранција, блокаду новца на рачунима, изричито признање дуга) не само према трговцу, већ и према трећим лицима.¹⁶

Међутим, наш законодавац у чл. 117. забрану авансног плаћања суштински другачије регулише. Најпре се у ст. 1. овог члана предвиђа забрана плаћања унапред код уговора о ТШ, трајним олакшицама за одмор, уговора о помоћи приликом препродаје и уговора о омогућавању размене ТШ, пре истека рока за одустанак од уговора. Потом се у ст. 2. истог члана прописује забрана авансног плаћања трговцу, која се односи искључиво на уговор о помоћи приликом препродаје, пре закључења уговора о ТШ или уговор о трајним олакшицама за одмор, односно пре него што трговац на други начин испуни обавезе из уговора о помоћи приликом препродаје. Дакле, може се уочити да је наш законодавац прописао три различита момента пре чијег истека односно наступања се не може извршити било каква исплата: пре истека рока за одустанак од уговора, пре закључења главног уговора и пре него што трговац на други начин испуни обавезе из уговора о помоћи приликом препродаје.

На основу извршене анализе може се рећи да су решења из Директиве ЕУ 2008/122 боља у односу на она која су садржана у ЗЗП. Забрана плаћања унапред пре истека рока за одустанак од уговора је оправдана када се ради о главним уговорима (ТШ и трајним олакшицама за одмор), јер тек са протеком тог рока уговор почиње да производи правно дејство у односу на потрошача. Исто важи и за уговор о омогућавању размене, с обзиром да се тек протеком рока за одустанак од уговора потрошач може укључити у систем размене права коришћења. Међутим, код уговора о помоћи приликом препродаје ситуација је другачија. Пре свега, овај уговор је подведен под заједничка правила о ТШ како би се спречила преварна пракса авансног наплаћивања накнаде и трошкова, која је била широко распрострањена до доношења Директиве ЕУ 2008/122. Осим тога, као и код сваког другог посредничког или заступничког односа, трговац може да оствари право на накнаду само ако је уговор закључен, односно извршен.

Због наведеног одредбе нашег ЗЗП требало би ускладити са одредбама Директиве ЕУ 2008/122 тако да забрана авансних плаћања, у случају препродаје, не важи само до момента закључења главног уговора или одустанка од уговора него све до момента реализације (раскида) уговора о препродаји. Уговор о помоћи приликом препродаје се може закључити у моменту закључења главног уговора или касније, али обавеза плаћања

¹⁶ Чл. 9. ст. 2. и Анекс III, Део 2. Директиве ЕУ 2008/122.

постоји у зависности од оствареног циља. Дакле, закључен уговор о ТШ је *conditio sine qua non* за закључење уговора о помоћи приликом препродаје (као повезаном уговору), а истек рока за одустанак од уговора је *conditio sine qua non* да би потрошач уопште могао да захтева од трговца испуњење услуге препродаје ТШ.¹⁷ С тим у вези, извршење престације од стране трговца је *conditio sine qua non* за захтевање било какве исплате по основу уговора. Међутим, према формулацији нашег законодавца, могло би се погрешно протумачити да је могуће извршити исплату и по закључењу уговора о ТШ, односно по истеку рока за одустанак од уговора о препродаји, а пре него што је заиста и дошло до препродаје. Такође, уместо формулације да је забрањено плаћање унапред пре него што трговац испуни обавезе из уговора о помоћи приликом препродаје, требало би усвојити формулацију која је садржана у Директиви ЕУ 2008/122, а према којој је забрањено авансно плаћање пре него што се препродаја стварно изврши или се уговор о препродаји не раскине на други начин.

Препродаја ТШ у пракси је веома тешко остварива, а понекад и немогућа. Није редак случај да се ТШ препродаје по симболичним ценама или без накнаде само да би се ослободили издвајања по основу различитих услуга које су у вези са ТШ. Тешкоће које се јављају приликом препродаје су последица неравномерне понуде и тражње, јер понуда ТШ далеко премашује његову тражњу на тржишту препродаје. Разлози за овакав дисбаланс су разнолики. С једне стране, стицаоци ТШ се одлучују да препродају своје право коришћења најчешће из економских разлога (нпр. услед повећања трошкова годишњег одржавања и других трошкова),¹⁸ а са друге стране не постоји довољан број заинтересованих лица за стицање ТШ, између осталог, услед недовољне обавештености потрошача о могућностима и начинима стицања ТШ. Узрок недовољне потражње за правом коришћења на тржишту препродаје треба тражити и у чињеници да трговци немају интерес да промовишу препродају ТШ-а, јер би се на тај начин у значајној мери умањио њихов профит.¹⁹

Постоји неколико начина који се користе у пракси ради оглашавања препродаје ТШ: објављивањем огласа на неком од специјализованих

17 Видети: Андреј Мићовић, *Тајм-шеринг и са њим слични и повезани уговори*, док. теза, Крагујевац, 2015, 68.

18 Поред тога, разлози за препродају ТШ могу бити и промене навика и животног стила, али и развод корисника ТШ, с обзиром да су то најчешће брачни парови.

19 Доступно на: http://tug2.net/timeshare_advice/cold_hard_facts_about_selling_your_timeshare.shtml.

ТШ сајтова,²⁰ на огласној табли одмаралишта или у новинама; путем интерног програма препродаје одмаралишта; ангажовањем лиценцираних посредника, (брокера) уз плаћање одређене накнаде; путем брокерских аукција (нпр. брокерска кућа *TRI-West* из Лос Анђелеса периодично организује аукције ТШ интервала, које се најчешће одржавају у септембру сваке године).²¹

Потрошач може да огласи ТШ за препродају сам, а може користити и услуге које му у ту сврху нуди трговац. Уколико постоји могућност учешћа у програму (систему) препродаје права коришћења, трговац је дужан да о томе обавести потрошача, као и да му предочи трошкове у вези са препродајом преко наведеног система.

Један од најбитнијих фактора, који утиче на успешност процеса препродаје, је висина накнаде која се тражи поводом препродаје права коришћења.²² У жељи да поврате сразмерни део уложеног новца, оглашивачи ТШ често своје право коришћења покушавају да препродају по знатно вишим накнадама од тржишних. Такви покушаји, који су често последица недовољне информисаности потрошача о цени права коришћења приликом препродаје, углавном остају без резултата. Пракса показује да је укупна накнада, која се плаћа приликом куповине ТШ, већа за отприлике четрдесет до шездесет процената у односу на накнаду која се плаћа за право коришћења приликом препродаје.²³

Поводом препродаје, у уговор о ТШ се често уносе клаузуле о праву првог одбијања, на основу које трговац резервише за себе могућност да откупи право коришћења. Наиме, у случају да постоји заинтересовано лице које би откупило право коришћења по одређеној цени за коју трговац сматра да није адекватна, он може да искористи тзв. право првог одбијања и лично откупи право коришћења под условом да је то право трговца изричито уговорено. Ово право у пракси користе трговци најчешће да би спречили да се ТШ интервали продају по ниским ценама и

20 Специјализовани сајтови на којима се ТШ може оглашавати за препродају, размену и рентирање права коришћења, између осталог, су: <http://tug2.com/timesharemarketplace/>, <http://www.tstoday.com/>, <https://www.bidshares.com/>, <http://www.redweek.com/>, <http://www.myresortnetwork.com/>, <http://www.transactionrealty.com/>. У последње време Ебау постаје све популарнији сајт на коме се у свега неколико корака може огласити ТШ. Видети: <http://pages.ebay.com/realestate/timesharesellerguide.html>, http://www.ebay.com/sch/i.html?_nkw=timeshare.

21 Доступно на: http://tug2.net/timeshare_advice/cold_hard_facts_about_selling_your_timeshares.html.

22 Karen Holden, *Simplifying Timeshare*, 2nd ed., Bloomington, Indiana, 2014, 143-144.

23 Vincent Lehr, *Timeshare Tips&Tricks*, North Charleston, South Carolina, 2011, 149.

уједно осигурали знатно вишу цену тог интервала приликом поновне продаје.²⁴

IV Уговор о омогућавању размене

Према одредби чл. 5. ст. 1. тач. 29. ЗЗП, под уговором о омогућавању размене ТШ подразумева се уговор којим се трговац обавезује да потрошача укључи у систем размене ТШ, с тим да потрошачи могу да уступе узајамно на одређено време права из уговора о ТШ, а потрошач се обавезује да му за то плати накнаду.²⁵ На основу овако одређеног појма, могло би се извући неколико закључака. Прво, предмет размене није предаја и пренос својине на некој ствари, већ пренос права коришћења. Друго, основна обавеза трговца је да потрошача укључи у систем размене, а потрошач је дужан да за то плати накнаду. На овај начин до размене права коришћења може да дође тако што ће потрошач бити укључен у интерни систем размене трговца или у систем размене који се одвија путем организација за размену. До размене може да дође и без ангажовања трговца, а на основу директне размене која се одвија између носилаца права коришћења. Треће, обавеза трговца се исцрпљује укључивањем потрошача у систем размене, што значи да се ради о облигацији средства, а не циља. Четврто, право размене је факултативног карактера, јер потрошач може, ако то жели, да другом потрошачу уступи права из уговора о ТШ. Пето, уступање права се врши на одређено време. Шесто, размена се одвија у оквиру система који је отворен за све који су спремни да уступе своје право у замену за уживање неког другог права. Седмо, размена права је могућа само под условом да је претходно закључен главни уговор, ТШ или уговор о трајним олакшицама за одмор, и да титулар ТШ не искористи право на одустанак од уговора у року од 14 дана од дана његовог закључења.²⁶ Уколико су задовољени претходни услови потрошач, који је укључен у систем размене, може да оствари своје право ако је депоновао право коришћења код организације за размену (чиме се привремено одриче права коришћења из уговора закљученог са трговцем у корист трећих лица), а потом изабрао еквивалентно право коришћења (депоновано

24 Доступно на: http://tug2.net/timeshare_advice/what_does_ROFR_mean_for_timeshares.html, 1.4.2016.

25 Као и у случају препродаје, законом је прописана обавеза трговца да у примереном року пре закључења уговора, потрошача упозна са подацима који су прописани Уредбом о садржини стандардног информативног обрасца за уговоре о временски подељеном коришћењу непокретности, о трајним олакшицама за одмор, о помоћи приликом препродаје и о омогућавању размене.

26 Уколико је уговор о размени закључен у моменту закључења главног уговора, одустанак од главног уговора има за последицу и престанак уговора о размени и свих других повезаних уговора.

од других титулара ТШ) које је у понуди организације за размену. У том случају не долази до директног контакта између заинтересованих лица, већ се моментом депоновања права коришћења титулари ТШ привремено одричу права коришћења из уговора закљученог са трговцем у корист трећих лица, а заузврат имају право да из „корпе“ депонованих права изаберу еквивалентно право коришћења.

За разлику од дефиниције садржане у нашем праву, у Директиви ЕУ 2008/122, овај уговор се различито термилошки и појмовно одређује. Наиме, у Директиви се уместо о уговору о омогућавању размене, говори о уговору о размени. Затим, док се у Директиви говори о обавези трговца да потрошача укључи у систем размене у замену за уступање његовог права коришћења другим лицима (размена се не врши између унапред одређених лица), у ЗЗП је поред тога предвиђена и могућност узajамног уступања права међу потрошачима (то упућује на закључак да се ради о класичној размени, која се одвија између два одређена лица која размењују своја права).

Због специфичности које карактеришу размену права коришћења, неопходно је да се анализирају питања везана за модалитете размене права коришћења, депоновање и поступак размене права коришћења, факторе који одређују тржишну вредност права коришћења.

1. Модалитети размене права коришћења

Једна од највећих погодности ТШ је могућност размене права коришћења,²⁷ које може да буде изражено у ТШ интервалу (недељи) или кроз бодове за одмор. Посредством размене потрошач има могућност коришћења различитих туристичких објеката у различитом временском периоду и на различитим локацијама широм света. Постоји неколико различитих модалитета размене права коришћења и то: А) директна размена која се одвија између титулара ТШ, Б) интерни програм размене на основу чланства у одређеном одмаралишту, В) размена која се одвија посредством организација за размену.²⁸

А) До директне размене долази када се два титулара ТШ сагласе да међусобно размене права коришћења и о томе обавесте органе управе свог одмаралишта. Примера ради, ако једно лице има право коришћења

27 Francesco Ruscello, *Los Contratos de Intercambio – En Italia Y España*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nr. 10/2014, 114-116.

28 Доступно на: http://tug2.net/timeshare_advice/timesharing_101_an_introduction_to_timeshares.html#_Exchanging_Your_Timeshare, 1.4.2016.

смештајне јединице у неком ски центру током зимског периода, а друго лице има право коришћења у приморском месту током летњег периода, они се могу договорити да та права размене. Међутим, у пракси је јако тешко пронаћи заинтересована лица и ступити у контакт са њима, а то се најчешће чини путем огласа на интернет сајтовима или контактирањем жељеног одмаралишта како би се прикупиле информације о евентуалним лицима која су заинтересована за размену. Да би се створиле претпоставке за остваривање директне размене, неопходно је дугорочно планирање одмора, доста уложеног времена и труда, али ни тада није сигурно да ће доћи до жељеног резултата. Тај проблем би се у перспективи могао решити остављањем простора свим трећим лицима да изразе своје интересовање за размену на интернет страници конкретног одмаралишта. На тај начин би се могла директно повезати сва заинтересована лица.

Б) Интерни програм размене ТШ је могуће успоставити када давалац ТШ има велики број одмаралишта у свом саставу, која се налазе на различитим локацијама. Циљ овог програма је да се титуларима ТШ пружи могућност да користе смештајне јединице на различитим локацијама у оквиру комплекса одмаралишта. Ово право се може остваривати уз одговарајућу накнаду или без ње, у зависности од правила која важе у конкретном одмаралишту.

Код одређених облика ТШ могуће је да се сви ТШ интервали ставе у заједнички фонд, из кога свако може изабрати жељени интервал у складу са успостављеним правилима. У неким случајевима, интерна размена се може одвијати и посредством организација за размену. Након што се период коришћења депонује код организације за размену, титулари ТШ у оквиру интерне групе имају ексклузивно право размене током одређеног временског периода. Тек кад преостало време за резервацију коришћења одређеног ТШ интервала падне испод одређеног рока (нпр. шест месеци), трећа лица имају могућност да своје право коришћења смештајне јединице размене са правом коришћења смештајне јединице у склопу интерног програма размене. Накнада за размену у оквиру интерног програма размене је повољнија за чланове тог програма него за трећа лица.

Многим програмима размене који за предмет имају ТШ интервале (недеље), размена се често ограничава на трговину еквивалентним недељама, односно недељама приближно исте вредности. Предност интерног програма размене који за предмет има бодове за одмор је што титулар ТШ остварује одређен број бодова на име права коришћења, а организатор програма размене предочава колико је бодова потребно да би се оба-

вила размена. Број поена обично зависи од типа одмаралишта, периода године и величине смештајне јединице.

В) Програм размене који се одвија преко организација за размену може се упоредити са функционисањем банке. Организације за размену прихватају депозите заинтересованих лица у виду ТШ недеља или бодова за одмор и у замену добијају одговарајући временски интервал током којег могу да користе смештај и услуге неког другог одмаралишта на неком другом месту.²⁹ Поред тога, депозите могу да уложе и даваоци ТШ у случају да су им неки ТШ интервали остали непродати. Даваоци ТШ настоје да на овај начин привуку нова лица, која би у перспективи била заинтересована за куповину права коришћења у њиховом одмаралишту.

Две највеће организације за размену у свету су *Resort Condominiums International (RCI)* и *Interval International (II)*.³⁰ Највећи број давалаца ТШ остварују пословну сарадњу са једном од ове две организације, чиме се титularима ТШ пружа највећи избор временских интервала за размену.

Накнада за услуге размене се по правилу плаћа након што је до размене дошло. Међутим, многе организације за размену, укључујући и две највеће, поред тога наплаћују и годишњу накнаду за чланство у програму размене. Неке организације за размену наплаћују иницијалну накнаду за придруживање систему размене или за оглашавање ТШ, али не и накнаду за размену.

2. Депоновање периода коришћења код организације за размену

Начин депоновања временских интервала зависи од врсте односно правне форме ТШ. Уколико се ради о ТШ заснованом на недељама, од значаја је да ли се ради о фиксним или флексибилним недељама. У случају фиксних недеља, титular ТШ може ту недељу директно депоновати код организације за размену, било да се ради о организацији која је у пословном односу са даваоцем ТШ, било да се ради о независној организацији (када давалац ТШ не остварује пословну сарадњу ни са једном организацијом за размену). Предност пословног партнерства са организацијом за размену се састоји у томе што се поједностављује поступак де-

29 Термин који се у пракси употребљава за означавање депоновања недеља или бодова за одмор код највеће организације за размену ТШ (RCI) је „*spacebank*“, што би се могло схватити као банка у којој се на једном месту прикупљају „депозити“ титularа ТШ. Видети: http://tug2.net/timeshare_advice/timesharing_101_an_introduction_to_timeshares.html, 1.4.2016.

30 Monica Colvin, *Timeshare: Intervals vs. Points*, UNLV Theses/Dissertations/Professional Papers/Capstones, Paper 453, Nr. 4/2010, 6; K. Holden, 74-75.

поновања временских интервала јер организације већ имају све податке о титуларима ТШ и предмету уговора. Због тога је могуће читав поступак депоновања временских интервала обавити путем телефона или интернет сајта те организације, док ће независне организације тражити на увид документацију која потврђује право коришћења титулара ТШ, а то ће такође проверити и у контакту са даваоцем ТШ.

Када је предмет размене флексибилна недеља, титулар ТШ претходно мора да ступи у контакт са даваоцем ТШ (управом одмаралишта) ради резервације конкретне недеље на коју има право по основу уговора и коју може потом депоновати код организације за размену. Овај поступак је довољан било да се депоновање врши код независне организације за размену или партнерске организације. Међутим, тај поступак депоновања може постати сложенији кад се депоновање врши код партнерских организација, у случају да конкретно одмаралиште депонује и оне временске интервале који нису резервисани, односно депонује временске интервале и пре него што титулари ТШ одлуче да резервишу свој период коришћења. Уколико се то деси, титулар ТШ мора да контактира управу одмаралишта и обавести их да жели да резервише одређену недељу у сврху размене преко партнерске организације. Након тога је потребно да управа одмаралишта контактира организацију за размену и омогући да се изврши пренос једне од унапред резервисаних недеља на име титулара ТШ.

Ако титулар ТШ након депоновања недеље ради размене промени планове, он може одустати од даљег поступка и затражити своју недељу назад под условом да: је та недеља и даље доступна, тј. да није било заинтересованих лица који би користили ту недељу и покренули поступак с тим у вези; титулар ТШ није већ добио право коришћења еквивалентне недеље у замену за своје право.

3. Поступак размене права коришћења

Размена посредством организација за размену подразумева својеволјно одрицање од права коришћења у периоду током године који је утврђен уговором (фиксни ТШ облици) или који је накнадно одређен односно резервисан (флексибилни ТШ облици), у укупном трајању од једне или више година, а заузврат се добија могућност избора еквивалентног временског интервала из каталога организације. Неке организације за размену допуштају титуларима ТШ да изврше претрагу њихових (виртуелних) каталога и пре него што депонују своје право коришћења (нпр. II),

док друге организације не дозвољавају титуларима ТШ да врше било какве претраге пре него што депонују своје право коришћења (нпр. *RCI*).³¹

Када титулар ТШ стекне право да изврши претрагу каталога организације, дужан је да прецизира критеријуме претраге, укључујући: жељени период коришћења, место одмора, величину и тип смештајне јединице, погодности, конкретна одмаралишта. Уколико у понуди организације за размену постоји производ који испуњава услове претраге, титулару ТШ ће бити понуђено да се размена изврши одмах (тзв. тренутна размена). Ако то није случај, титулар ће имати могућност да изабере да се претрага врши аутоматски у континуираном периоду, све док у понуди не буде производ који испуњава наведене критеријуме (слично као листа чекања).

Ако се титулар ТШ определи за тренутну размену или изабере да буде стављен на листу чекања, неке организације за размену ће трансакцију извршити одмах односно чим се стекну услови (жељени производ постане доступан). У овом случају, титулар ТШ ће бити дужан да плати одређену новчану казну уколико се одлучи на раскид уговора. Друге организације допуштају да се у одређеном временском периоду (најчешће 24 сата или до краја наредног радног дана организације за размену) може раскинути уговор без икаквих последица. Ово право, уколико је предвиђено, представља само додатну погодност коју титулар ТШ може остварити поводом размене права коришћења, те га стога не треба мешати са правом на одустанак од уговора.

У вези са депоновањем и коришћењем размењеног ТШ интервала најчешће се утврђују одређени рокови које прописују организације за размену. Код неких организација (*RCI*), могуће је депоновати временски интервал најраније две године пре утврђеног или резервисаног периода коришћења, док поступак размене мора бити завршен избором еквивалентног временског интервала са почетком коришћења најкасније годину дана од дана који је одређен као почетак коришћења депоноване смештајне јединице. Поједине организације за размену ће продужити рок за размену уз плаћање додатне накнаде.

Уколико организација за размену послује на бази бодова за одмор, титулар ТШ, на основу објављених општих услова пословања, може прецизно да зна колико бодова може добити за депоновану недељу и колико је бо-

31 Доступно на: http://tug2.net/timeshare_advice/timesharing_101_an_introduction_to_timeshares.html#_Exchanging_Your_Timeshare, 1.4.2016.

дова потребно да се изврши размена различитих облика ТШ, у зависности од типа одмаралишта, доба године и величине смештајне јединице.

4. Вредност тајм-шеринга на тржишту размене

Вредност ТШ на тржишту размене (тржишна вредност) је од суштинског значаја за успешно обављање поступка размене, како кад је у питању интерни програм размене, тако и кад је у питању размена посредством организација за размену. Тиме се спречава да титулар права коришћења једнокреветне собе у неком мање познатом месту током предсезоне размени то право за трокреветни апартман на атрактивној локацији у топ сезони. Код директне размене, то је могуће уколико се титулари ТШ о томе сагласе.

Тржишна вредност ТШ нарочито долази до изражаја приликом претраге понуде организација за размену. Наиме, уколико је претрага по задатим критеријумима безуспешна, то не мора да значи да организација нема у понуди производ који задовољава те услове, већ да тражени период коришћења има већу вредност од депонованог периода коришћења. Због тога је од великог значаја да титулар ТШ изврши независну процену вредности свог ТШ интервала.

На тржишну вредност ТШ утиче понуда и тражња за конкретним производом. Када с једне стране има релативно мало депонованих временских интервала за конкретно одмаралиште а са друге стране постоји велика потражња за тим временским интервалом и одмаралиштем, такви производи (депоновани периоди коришћења) имају велику вредност и обратно. Најбитнији фактори који утичу на тржишну вредност ТШ су: локација (А), сезона (Б), рок у ком се смештајна јединица унапред депонује (В). Поред тога од значаја је и величина смештајне јединице (Г), као и како се котира конкретно одмаралиште (Д).³²

А) Локација је једно од најбитнијих фактора који утичу на тржишну вредност ТШ, јер има великог значаја на формирање понуде и тражње. Популарне дестинације за одмор ће имати висок степен потражње, осим уколико је у тим местима изграђен велики број објеката на бази ТШ. При томе, вредност ТШ ће бити већа ако је одмаралиште лоцирано на самој обали, средишту ски центра, ужем центру града, него да се ради

32 Доступно на: http://tug2.net/timeshare_advice/timesharing_101_an_introduction_to_timeshares.html#_Exchanging_Your_Timeshare, 1.4.2016; K. Holden, 80-81.

о одмаралишту које је удаљено од плаже, ски стазе или је лоцирано на периферији града.

Б) Сезона такође утиче на вредност ТШ, јер у зависности да ли се ради о предсезони/постсезони, сезони и топ сезони, зависи и потражња за одређеним временским интервалима. За означавање различитих делова сезоне најчешће се користе одговарајуће боје, али то могу бити и племенити метали. Две највеће организације за размену, *RCI* и *II*, користе колорну скалу за разликовање делова сезоне. У првом случају различити делови сезоне се означавају црвеном (топ сезона), белом (сезона) и плавом (предсезона/постсезона), а у другом случају црвеном (топ сезона), жутом (сезона) и зеленом (предсезона/постсезона). Друге организације разликовање врше према племенитим металима одговарајуће вредности. У зависности од потражње, временски интервали у оквиру различитих делова сезоне могу бити платинумски (топ сезона), златни (сезона) и сребрни (предсезона/постсезона). Ова класификација се установљава ради лакшег располагања правом коришћења, односно како би се титуларима ТШ олакшала претрага доступних временских интервала за размену, јер свој временски интервал могу разменити за еквивалентни интервал или интервал мање вредности.

Дакле, потражња за одређеним временским интервалима у оквиру различитих делова сезоне је само један од фактора који утичу на вредност ТШ и моћ његове размене на тржишту. Стога исти степен потражње за временским интервалима различитих одмаралишта (иста кодна класификација), не мора да значи да имају исту па ни приближну вредност. Могуће је да поједине недеље током сезоне у неким одмаралиштима имају већу вредност на тржишту размене од недеља у топ сезони других одмаралишта.

В) Како би се максимизовала вредност ТШ на тржишту размене, временски интервал мора да се депонује код организације за размену у примереном року пре дана који је одређен као дан почетка коришћења смештајне јединице.³³ Тиме се, с једне стране, осигурава да титулар ТШ на најбољи начин размени своје право коришћења, док се осталим титуларима ТШ омогућава да благовремено изаберу одговарајући временски интервал и на време обаве поступак размене (пре датума када се може започети уживање права коришћења које је предмет размене). Са друге стране, повећава се вероватноћа размене права коришћења, односно могућност да организације за размену обезбеде приходе по основу таксе за обављену размену. Стога, што је дан који је одређен као почетак кори-

³³ Тај рок се утврђује на основу прописаних правила сваке појединачне организације за размену.

шћења смештајне јединице у тренутку депоновања ближи, то је и вредност ТШ на тржишту размене мања. Према правилима *RCI* вредност ТШ почиње да пада ако је у моменту депоновања преостало време до почетка коришћења смештајне јединице мање од једне године. Уколико је остало свега 45 дана пре почетка уживања права, сва ограничења у погледу размене права коришћења одређене вредности на тржишту размене престају да важе. Другим речима, тада неће бити немогуће да се временски интервал који има нижу тржишну вредност, али је благовремено депонован, размени за временски интервал који у редовним околностима има високу вредност на тржишту размене, али је депонован у кратком року пре датума када се може започети његово коришћење.

На основу овога се може закључити да систем размене награђује оне који планирају свој одмор унапред. То је у пракси потврђено чињеницом да се вредност ТШ на тржишту размене не мења након депоновања права временског коришћења и ако се приближи време уживања тог права, па чак и ако није било заинтересованих лица за коришћење тог права. Изузетак постоји у случају да титулар ТШ откаже коришћење размењеног права које је изабрао на основу понуде организације за размену. У том случају, вредност интервала тог титулара на тржишту размене може се значајно снижити након што тај интервал буде враћен на његов рачун. Према правилима *RCI*, ако титулар откаже коришћење размењеног права када је остало свега 60 дана до почетка коришћења размењеног права, вредност његовог права ће се одредити као да је тај временски интервал депоновао 60 дана пре почетка коришћења (чак и ако је тај временски интервал иницијално депонован годину дана пре датума коришћења или раније).

Г) Величина смештајне јединице је додатни критеријум на основу кога се утврђује тржишна вредност ТШ. Међутим, њена улога у формирању вредности ТШ на тржишту размене зависи од претходних критеријума, а пре свега од локације. Мања смештајна јединица ће имати већу тржишну вредност ако се налази на доброј локацији и обрнуто.

Д) Оцена одмаралишта и степена комфора спада, такође, у додатне критеријуме на основу којих се врши процена с тим што он нема неки значајнији утицај на формирање потражње за одређеним одмаралиштем. Ово зато што се титулари ТШ радије опредељују за добру локацију или топ сезону на уштрб евентуалних погодности и комфора који би могли да уживају у одмаралишту, које се не налази на атрактивној локацији или се право коришћења смештајне јединице остварује ван сезоне.

V Закључак

У вези са уговорима који су повезани са тајм-шерингом, може се истаћи следеће:

1. По питању појмовног одређење повезаних уговора, у домаћем праву се могу уочити значајна одступања између претходног и важећег ЗЗП. Док је у претходном ЗЗП повезани уговор ваљано дефинисан као *уговор о продаји робе или пружању услуга који је закључен између потрошача и трговца или између потрошача и трећег лица на основу споразума између трговца и трећег лица, а који је у вези са другим уговором између трговца и потрошача*, дотле се у важећем ЗЗП повезани уговори потпуно несватљиво везују само за одређене модалитете закључења уговора, па се наводи да је то *уговор на основу којег потрошач прибавља робу или услуге које су у вези са уговором закљученим на даљину и изван пословних просторија трговца или трећег лица са којим трговац има споразум*.

2. С обзиром да дејство тзв. повезаних уговора зависи од дејства основног, ТШ уговора, било би боље да се говори о споредним или акцесорним уговорима. Осим тога, такав термин се користи и у Директиви ЕУ 2008/122, а њиме се означава уговор којим потрошач прибавља услуге везане за ТШ или уговор о дугорочном производу за одмор, а које пружа трговац или треће лице по основу ангажмана између поменутог трећег лица и трговца.

3. Терминолошко одређење уговора о помоћи приликом препродаје, које је усвојено у нашем ЗЗП, другачије је од оног које је садржано у Директиви ЕУ 2008/122 а гласи „уговор о препродаји“. Разлог за ово одступање могао би се вероватно наћи у настојању нашег законодавца да нагласи да овај уговор нема природу уговора о продаји, већ да се ради о уговору којим се дају овлашћења трговцу како би могла да се реализује препродаја. Ради остварења тог циља трговац је дужан, уз накнаду, да помогне потрошачу.

4. Одредбе нашег ЗЗП требало би ускладити са одредбама Директиве ЕУ 2008/122 тако да забрана авансних плаћања, у случају препродаје, не важи само до момента закључења главног уговора или одустанка од уговора него све до момента реализације (раскида) уговора о препродаји.

5. Уговор чији је предмет размена права коришћења се различито терминолошки и појмовно одређује у нашем праву и на нивоу ЕУ. Наиме, у Директиви се уместо о уговору о омогућавању размене, како је то одређено иу нашем ЗЗП, говори о уговору о размени. Разлика се огледа и

у томе што је према одредбама Директиве предуслов за остварење размене укључивање потрошача у одговарајући систем уз претходну сагласност о уступању његовог права коришћења другим лицима (размена се не врши између унапред одређених лица), док је у ЗЗП упоредо с тим предвиђена и могућност узајамног уступања права међу потрошачима (то упућује на закључак да се ради о класичној размени, која се одвија између два одређена лица која размењују своја права).

Andrej MIĆOVIĆ, PhD

**Assistant Professor at the Faculty of Hotel Management and Tourism
in Vrnjaska Banja, University of Kragujevac**

TIME-SHARING AND ANCILLARY CONTRACTS

Summary

With the appearance of the certain legal transactions in practice, which were not regulated by the previous Directive 94/47/EU, such as resale and exchange contracts, consumer interests were jeopardized. In order to protect consumers from new practices and activities, Directive 2008/122/EU was adopted. By that Directive, European legislators decided to legitimize, not to ban the new practice, i.e. subsumed it under the general rules on timeshare, and thus provide better protection for consumers by expanding the field of application, among other things, to the so-called ancillary contracts. Among these contracts, it is necessary to make a distinction between contracts concluded in the function of acquiring the right to use (credit agreement) and those concluded in the function of disposal of the acquired right to use (resale assistance contract and contract on facilitating the timeshare exchange).

Key words: *time-sharing, ancillary contract, credit agreement, resale assistance contract, contract on facilitating timeshare exchange.*

Др Светислав ЈАНКОВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ОДГОВОРНОСТ ЖЕЛЕЗНИЦЕ ЗА ЗАКАШЊЕЊЕ У ПРЕДАЈИ РОБЕ*

Резиме

У чланку се разматра одговорност железничког превозиоца за закашњење у испоруци робе. Ова одговорност постаје нарочито актуелна имајући у виду нови правни оквир железничког права који настаје променом системских закона у овој области. Иако на први поглед одговорност превозиоца за закашњење остаје истоветна оној која је постојала по претходном истоврсном закону (из 1995. године), она се унеколико мења чињеницом раздвајања управљачке од превозничке функције у Железницама Србије. Наиме, управо је један од разлога усвајања новог правног оквира у овој области било усклађивање са међународним тенденцијама отварања железничког превоза тржишту, тј. омогућавањем постојања више различитих превозилаца у једној земљи. Ускладивши се са Виљнуским протоколом из 1999. године, српско железничко право се суочава са новим проблемом код одговорности за закашњење, у оквиру које превозилац одговара и ако је до прекорачења рока испоруке дошло услед радњи/пропуста управљача железничке инфраструктуре. У раду се износе закључци који овакав правни режим чине неоснованим и недопустивим, а посебно имајући у виду да управљач инфраструктуре не може да буде лице којим се превозилац приликом обављања своје делатности служи, с обзиром да га не може бирати, нити давати упутства и контролисати. Због тога, предлаже се својеврсни систем „мреже“ у оквиру кога ће сваки субјект одговарати за пропусте у делу своје надлежности, што би као последици водило томе да железнички превозилац не може да одговара за пропусте које је учинио управљач инфраструктуре.

У првом делу рада, аутор разматра нови правни оквир у области железничког саобраћаја, осврћући се на статусну промену коју је извршила Железница Србије усклађујући се са новим прописима. У другом, централном, делу рада одређује се појам закашњења, различите врсте роко-

ва које чине јединствени рок испоруке, као и врсте штета које могу да настану услед закашњења. На крају, у трећем делу, аутор износи закључак залажући се за идеју неодговорности превозиоца за закашњење које настаје искључиво због грешака управљача инфраструктуре.

Кључне речи: железнички превозилац, управљач инфраструктуре, закашњење, ограничена одговорност за штету, накнада штете.

I Нови правни оквир у српском железничком праву

У Републици Србији је у априлу 2015. године донесен Закон о уговорима о превозу у железничком саобраћају.¹ Основни разлог доношења овог закона је био усклађивање са тзв. Виљнуским протоколом СОТИФ-а од јуна 1999. године,² а пре свега, са правилом о одвајању железничког превозиоца од управљача железничком инфраструктуром.³ Доношењем поменутог закона, у Србији су се и формално створили услови за издвајање превозничке од организационе „функције“ у железничком саобраћају, а што је употпунило, такође, новоусвојене железничке законе попут За-

* Рад је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду под називом „Идентитетски преображај Србије“.

1 Закон о уговорима о превозу у железничком саобраћају – Закон о превозу железницом, *Службени гласник РС*, бр. 38/2015.

2 Детаљније о Виљнуском протоколу (енг. 1999 *Protocol for the Modification of the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF) of 8 May 1980*), доступно на адреси: <file:///C:/Users/Korisnik/Downloads/4UnifLRevns732.pdf>, 4.3.2016. О развоју међународног режима железничког права вид. Мара Барун, „Одговорност жељезничког пријевозника за смрт и тјелесне озледе путника након уласка Републике Хрватске у Еуропску Унију“, *Поредбено поморско право*, 167/2013, 184 и даље.

3 Виљнуски протокол је почео са применом од јула 2006. године, а Република Србија га је потврдила 2007. године. Више података доступно на адреси: [file:///C:/Users/Korisnik/Desktop/dva%20zakona%20o%20zeleznickom%20prevozu/Zakon%20o%20potvr%20C4%91ivanju%20Protokola%20od%203.%20juna%201999.%20godine%20o%20izmenama%20Konvencije%20o%20me%20C4%91unarodnim%20C5%BEelezni%20C4%8Dkim%20prevozima%20\(CO-TIF\)...pdf](file:///C:/Users/Korisnik/Desktop/dva%20zakona%20o%20zeleznickom%20prevozu/Zakon%20o%20potvr%20C4%91ivanju%20Protokola%20od%203.%20juna%201999.%20godine%20o%20izmenama%20Konvencije%20o%20me%20C4%91unarodnim%20C5%BEelezni%20C4%8Dkim%20prevozima%20(CO-TIF)...pdf), 1.3.2016. О основној сврси Виљнуског протокола у погледу развијања конкуратности између различитих железница вид. Indira Carr, Peter Stone, *International Trade Law*, 5th ed., New York, 2014, 337. Иначе, приликом расправе о овом закону у српском парламенту били су испољени и сасвим банални разлози за његово доношење попут тога да је стари Закон о правозу робе у железничком саобраћају, *Службени лист СРЈ*, бр. 26/95, донесен док је постојала још СР Југославија (1995. године), па би га требало и из тога разлога изменити, иако је он све време на снази у Републици Србији која постаје самостална отцепљењем Црне Горе 2006. године. Више података о томе на адреси: <http://www.otvoreniiparlament.rs/2015/04/21/649193/page/3/>, 2.3.2016.

кона о железници и Закона о безбедности и интероперабилности железнице.⁴ Увођење новог правног оквира у српско железничко право има за циљ да „пробуди већ неколико деценија уснулу железницу“, односно да учини овај вид копненог превоза корисницима услуга превоза привлачнијим.⁵ То би требало да се постигне путем јачања конкурентности у железничком саобраћају између више различитих, приватних, железничких превозилаца, а што је омогућено, управо новим Законом о превозу железницом путем кога се одвајају организациона и превозничка компонента у железници. У том смислу, након усвајања поменутог закона, у августу 2015. године дошло је до статусне промене у „Железницама Србије“, тако што су из овог привредног друштва уз издвајање основана још три привредна друштва акционарског типа: „Инфраструктура железница Србије“, „Србија воз“ и „Србија карго“.⁶

Међутим, чини се да се, управо, оваквим правним издвајањем, осамостаљивањем превозиоца од организатора железнице, тј. инфраструктуре отвара нови проблем у погледу одговорности железничког превозиоца за закашњење, јер према новим правилима, превозилац одговара за закашњење и ако је до тога дошло кривицом управљача инфраструктуре. Ово се, према закону, сматра оправданим из разлога што је управљач инфраструктуре само једно од лица чијим се услугама превозник служи приликом обављања своје основне делатности превоза.⁷

4 Закон о железници, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013 и 91/2015; Закон о безбедности и интероперабилности железнице, *Службени гласник РС*, бр. 104/2013, 66/2015 – др. закон и 92/2015.

5 Чини се поражавајућим податак да се путем железничког саобраћаја превезе тек неких 10% од укупне количине робе, док је удео железнице у превозу роба 1990. године износио 29%.

6 Више података доступно на адреси: http://www.zeleznicesrbije.com/active/sr-latin/home/glavna_navigacija/o_preduzecu/organizacija.html, 1.3.2016. Издвајање организационе од превозничке функције у железничком саобраћају, те више, одвојених, различитих, конкурентских железничких превозилаца, показало се добрим решењем у европским земљама. Вид. Brian Harris, *Ridley's Law of the Carriage of Goods by Land, Sea and Air*, London, 2010, 116.

7 Закон о превозу железницом, чл. 18, ст. 2. и 3. Делује да би проблем могло да ствара то што превозилац и управљач инфраструктуром више нису једно, исто, правно лице у оквиру којег се из једног центра доносила одлука, него два одвојена лица. При том, да би наведено правило о одговорности превозиоца и за грешке управљача инфраструктуром било потпуно основано, чини се да је неопходно да је превозилац тај који је надређен управљачу инфраструктуре, тј. да га овај потоњи заиста „служи“ пружајући му своје услуге. Супротно, пракса показује да је управљач инфраструктуром тај који организује и на неки начин намеће темпо рада железница, а што је и нужно да би се овај вид превоза, пре свега, безбедно одвијао. Због тога, чини се да, барем када је реч о одговорности за закашњење, ова одговорност не би требала да буде искључиво на превозиоцу, него подељена између њега и управљача инфраструктуре.

II Правни режим одговорности железнице за закашњење у испоруци пошиљке

1. Опште особине

Железнички превозилац одговара за закашњење у испоруци, односно за штету која је настала услед прекорачења рока предвиђеног за издавање робе примаоцу. Штета која настаје неиздавањем робе у време предвиђено за испоруку представља штету услед закашњења, тзв. даљну штету, од које треба разликовати штету на роби. Због тога, одговорност железнице за закашњење није ограничена вредношћу робе (односно другим мерилима везаним за робу, попут њене бруто тежине), већ висином превознине, као наплаћене накнаде за услугу превоза. При том, у циљу заштите положаја корисника превоза износ штете због закашњења се ограничава не на једну, него на четири превознине. Са друге стране, накнађује се само доказана, а не и законом претпостављена, штета настала услед прекорачења рока испоруке чиме се штити положај железнице као превозиоца.

Железница се може ослободити одговорности за штету насталу закашњењем у испоруци доказом да је штета настала због радњи или пропуста корисника превоза (његове кривице), својстава робе (као предмета превоза), као и околности које превозник није могао да избегне, нити да отклони њихове (штетне) последице.⁸

2. Појам закашњења

Кључни појам у одређивању одговорности превозиоца за штету услед закашњења у испоруци пошиљке представља, управо, закашњење. Његовим одређивањем долази се до полазне тачке у одговорности превозиоца за закашњење у испоруци. Закашњењем се сматра прекорачење рока предвиђеног за испоруку, односно закашњење је задоцнела испорука. При томе, само закашњење као централни и полазни корак у утврђивању одговорности превозиоца има свој почетни и крајњи тренутак у своме одређивању, тј. испорука робе пре и после тог периода се не сматра закашњењем. У том смислу, ако се изврши испорука пре почетка тог периода, неће се сматрати да је наступило закашњење у испоруци, као што се то

8 Закон о превозу железницом, чл. 92, ст. 2. Поједини аутори заступају схватање да се железница не може позивати на посебне (повлашћујуће) разлоге како би се ослободила од одговорности. Вид. Михаило Велимировић, *Уговори у привреди*, Београд, 1994, 311; Душанка Ђурђевић, *Одговорност железнице на основу уговора о превозу*, докторска дисертација, Нови Сад, 1983, 210.

неће сматрати ако је испорука извршена након тог периода. Тај период износи 30 дана и рачуна се од тренутка када је испорука требала да се изврши (догоди).⁹ Након овог периода, сматраће се да је роба изгубљена, чиме ће се са правног режима одговорности за закашњење прећи на правни режим одговорности за (претпостављени) губитак робе.

Рок испоруке, чијим прекорачењем долази до одговорности железнице, сложен је појам.¹⁰ Обухвата редовни и допунски рок испоруке, а некада, услед изузетних околности може да обухвати и тзв. рок продужења испоруке. Редовни рок испоруке у себи обухвата отправни рок (време које је потребно железничком превозиоцу за припрему почетка превоза у смислу утовара робе и слично) и превозни рок (обухвата сам превоз у смислу услуге превозиоца као путујућег складиштара, али и обавештење корисника превоза о приспећу пошиљке у упутну станицу и спремности за њено издавање).

Допунски рок испоруке представља могућност за железницу да продужи редовни рок испоруке и тако избегне одговорност, ако се конкретни превоз нашао у ситуацијама које су унапред предвиђене као околности које отежавају или успоравају железнички саобраћај.¹¹ Допунски рокови се деле на сталне и привремене, имајући у виду њихову предвиђеност у прописима. У том смислу, стални допунски рокови су предвиђени у прописима као редовне околности које овлашћују превозиоца на продужење рока испоруке, док су привремени они који изненада настају спрам одређене непредвиђене околности (временске непогоде, акти јавне власти, ратови). При томе, потребно је имати у виду разлику између допунских рокова и продужетка рока испоруке на који железница има пра-

9 Рок од 30 дана од дана када је испорука требала да уследи је једнообразно решење и за домаћи и за међународни превоз. Упор. ЗОЖ, чл. 89, ст. 1; СІМ, чл. 29, ст. 1; СМГС, чл. 20, ст. 2.

10 Рок испоруке се може одредити као „унапред прописан максимални временски период у ком је железница дужна, под претњом накнаде штете, превести пошиљку од утоварне станице до упутне станице и извршити одређене додатне радње неопходне за њено преузимање од стране примаоца“. Вид. Мирко Васиљевић, *Одговорност железнице у домаћем и међународном превозу робе*, Београд, 1991, 36.

11 Вид. СІМ, чл. 27, ст. 4. У ове (допунске) околности се, између осталог, увршћује и превоз прагама или железницама (у смислу средства превоза) које нису опремљени за брз превоз пошиљака, што, имајући у виду стање српске железничке инфраструктуре, указује да железнички превозилац, практично, никада неће закаснити у испоруци (*sic!*), односно одговарати, јер ће се увек позивати на допунске рокове. Чини се, да би у том смислу, било сврсисходно вратити се корак уназад и, у овом транзиторном периоду српског железничког саобраћаја, искључити допунске рокове из рокова испоруке, а рокове испоруке, донекле продужити, тј. учинити релативнијим, спроводљивијим.

во ако није крива за настанак околности услед којих долази до продужетка рокова.¹² Околности које проузрокују настанак тзв. рокова продужетка превоза настају након отпочињања конкретног превоза, док околности које проузрокују настанак допунских рокова настају пре отпочињања конкретног превоза, тј. морају се имати у виду пре закључења уговора о превозу.¹³

На крају, потребно је имати у виду да је рок испоруке јединствена категорија спрам корисника превоза, а да је појединачно прекорачење наведених елемената рока испоруке (редовни, допунски, отправни итд.) неважно спрам одговорности железнице, ако јединствени рок испоруке као такав није прекорачен.¹⁴ Прекорачењем рока испоруке долази, дакле, до доцње у испуњењу чинидбе железнице, а сама доцња има, у суштини, особину објективне доцње, а само изузетно субјективне (када се ради о продуженим роковима превоза до којих долази неvezано за кривицу железничког превозиоца).¹⁵

3. Основ одговорности

У погледу основа одговорности железнице, уопште, па и за штету насталу прекорачењем рока испоруке, преовлађује мишљење да железница одговара објективно, тј. без обзира на своју кривицу. Овакав, строг, основ одговорности постоји још од настанка железничког права и правдан је тиме што железница има свој самосталан простор (територију, пут) за превоз, те у том смислу и предвидљиве ризике чије несавладавање, тј. немоћ у савладавању треба да погоди њене интересе.

12 СІМ, чл. 27, ст. 7. Поједини аутори сматрају да, управо, установа продужетка рока испоруке утиче на одређивање основа одговорности за закашњење, односно за његов преображај од класичне објективне у субјективну одговорност са претпостављеном кривицом. Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 14. издање, Београд, 2014, 280.

13 М. Васиљевић (1991), 39.

14 Јединственост рока испоруке се примењује како за појединачни, тако и за узастопни железнички превоз, а истоветна правила се односе и на комбиновани превоз када је рок јединствен спрам корисника, а подељен међу самим превозицима. Вид. Kurt Grönfors, „Liability for delay in combined transport“, *Journal of Maritime Law and Commerce*, 3/1974, 485.

15 Српско грађанско право предвиђа правило о објективној доцњи, односно да дужник пада у доцњу чињеницом кашњења у испуњењу обавезе, без обзира да ли је крив за то. Детаљније вид. Небојша Јовановић, *Увод у Common Law уговорно право*, Београд, 2015, 126. Правило о објективној доцњи је, у суштини, примењиво и на доцњу железничког превозиоца, осим у случају тзв. продужетка рока испоруке.

Одговорност железнице се сматра објективном, односно одговорношћу на начелима тзв. каузалитета. То значи да железнички превозилац одговара на основу повезивања само две чињенице – настанка штете и узрочне везе железничког превозиоца са штетом. При том, „каузалитет“ код железнице је релативан, а не апсолутан, с обзиром да се железница може ослободити одговорности доказивањем неког од тачно одређених ослобађајућих разлога.¹⁶ Овакав основ одговорности, према домаћем и међународном праву, важи како за штете на роби, тако и за штете које настају услед закашњења.¹⁷ Међутим, међународноправни режим превоза робе железницом није једнообразан, па правила СМГС споразума донекле одступају од оваквог основа одговорности за закашњење. Наиме, према правилима СМГС споразума, раздвојени су основи за штету на роби и штету услед закашњења. Док је основ одговорности за штету на роби усклађен са објективном одговорношћу превозиоца према правилима, у свету најшире прихваћене, СИМ конвенције, дотле је основ одговорности за штету од закашњења другачије регулисан – као одговорност на основу претпостављене кривице.¹⁸ Српско право изричито прихвата релативну објективну одговорност железничког превозиоца и за штете настале закашњењем, с тим што јасност оваквог режима „мути“ право превозица на продужење рока испоруке.¹⁹ Наиме, превозилац има право на

16 Супротно, код апсолутног каузалитета не постоји могућност ослобођења од одговорности, осим доказа да је штету изазвао сам оштећени, а што је у складу са општим правним начелом да се нико не може користити властитим неправом. У том смислу, код апсолутног каузалитета не постоји могућност да се превозилац ослободи одговорности да је штета настала услед више силе, природних својстава ствари, лошег паковања и слично, што је својствено за релативни каузалитет. Вид. Бранко Јакаша, *Копнено и зрачно саобраћајно право*, Загреб, 1969, 365. За све ослобађајуће разлоге вид. М. Васиљевић (1991), 93. и даље; СИМ, чл. 23, ст. 2; Закон о превозу железницом, чл. 92, ст. 2.

17 Овакав основ одговорности, у суштини, важи и за превоз путника. Међутим, чини се да је основ одговорности у погледу превоза путника, ипак, строжи, јер се тада железнички превозилац може ослободити одговорности доказом околности „изван погона“ које није могао да предвиди (избегне и отклони), док се у погледу превоза робе ослобађа доказом *било које* (?) околности коју није могао да предвиди (избегне и отклони). Због тога, могло би да се закључи да се у случају превоза робе, железнички превозилац може ослободити одговорности и доказом случаја, а не само више силе. Опширније о томе вид. Душанка Ђурђев, „Појам више силе у конвенцији о међународним железничким превозима (СОТIF)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом саду*, 1985, 238. и даље.

18 Упор. СИМ, чл. 23, ст. 1; СМГС, чл. 22. Међутим, чини се да је тенденција да и у оквиру СМГС режима основ одговорности буде једнообразан и за штете на роби и оне услед закашњења у испоруци. Вид. чл. 30 нацрта ове конвенције – Нацрт СМГС 2015, доступно на адреси: [file:///C:/Users/Korinik/Downloads/Konwencja%20Eng%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Korinik/Downloads/Konwencja%20Eng%20(3).pdf), 1.4.2016. године.

19 Закон о превозу железницом, чл. 78, ст. 2.

продужење рока испоруке ако је дошло до застоја у превозу мимо (тј. у одсуству) његове кривице. Оваквим правним режимом се прихвата субјективни појам доцње железничког превозиоца чиме се, у ствари, правни основ одговорности за закашњење у испоруци преображава из објективног у субјективни са претпостављеном кривицом.²⁰

Са друге стране, оваква одговорност железничког превозиоца важи и за лица чијим услугама се служи приликом обављања превоза. То значи да превозилац одговара за ова лица, односно ако је узрок штете нека њихова радња. Међутим, усвајањем новог Закона о превозу железницом 2015. године, у круг ових лица се сврстао и управљач железничком структуром.²¹ Проблем се састоји у томе што је управљач железничком структуром једно лице, са повереним јавним пословима организације железничког саобраћаја и које своју делатност обавља самостално и независно у односу на железничке превозиоце. У том смислу, поставља се питање по ком основу железница одговара и за штете које су последица грешке управљача инфраструктуре. У закону о превозу железницом, недвосмислено је предвиђено да је управљач инфраструктуре лице којим се железница служи у пружању услуге превоза. Отуда и произлази тзв. викарна одговорност железничког превозиоца за управљача инфраструктуре, односно за његове грешке које проузрокују штету кориснику превоза (примера ради, нестанак струје проузрокује застој или, пак, грешка у организацији више различитих врста железничког превоза доведе до застоја на једном колосеку, чиме конкретни превозилац прекорачи рок испоруке итд.).²² Међутим, чини се да је немогуће пронаћи основ по коме железнички превозилац одговара за радње управљача инфраструктуре. Наиме, одговорност за другога се, у суштини, своди на грешку лица које одговара, а она може да буде грешка у избору другога, грешка у надзору другога и грешка у давању упутстава другоме.²³ С обзиром на ситуацију да железнички превозилац не бира управљача инфраструктуре,²⁴ не надзире његов рад, нити му даје инструкције, чини се да не постоји правна веза таквог квалитета која би указивала да је управљач инфраструктуре

20 М. Васиљевић (1991), 42.

21 О надлежности управљача железничке инфраструктуре вид. Закон о железници, чл. 2.

22 О тзв. викарној одговорности железничког превозиоца вид. Nebojša Jovanović, *Transport Law of Serbia and Montenegro*, Kluwer Law International, Hague, 2005, 333.

23 Детаљније о *culpa in vigilando, eligendo, instruendo*, као и одговорности за другог вид. Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013, 218.

24 Тај избор му је практично немогућ, јер постоји само један управљач инфраструктуре на територији Републике Србије.

лице којим се превозилац служи у извршењу свога посла. Из тог разлога, делује као једино логично, да се предложи да железница не одговара за грешке управљача инфраструктуре, а које се, испољавају нарочито у погледу кашњења у испоруци пошиљке, с обзиром да је управљач инфраструктуре тај који организује читаву мрежу превоза и одлучује о прихvatљивости реда вожње. Зато би требало постојеће правило изменити у смеру да се железнички превозилац ослобађа одговорности за штету у закашњењу, ако докаже да је до закашњења дошло услед грешке управљача инфраструктуре.

4. Појам штете

Одређивање појма штете услед закашњења је неопходно из разлога постојања разлике у ограниченој одговорности железнице за штете оштећења робе и штете закашњења у испоруци. Разлика међу овим режимима се састоји у томе што је критеријум ограничене одговорности за штете оштећења робе – бруто тежина робе или јединица пошиљке, док је то код штета насталих закашњењем – јединица возарине (2, 3 или 4 возарине као лимит одговорности). Премда је разлика са становишта висине накнаде штете битна, важно је тачно одредити шта спада у појам штете услед закашњења.

Услед закашњења у превозу могу да настану две врсте штета. То су штете на роби, тзв. транспортне (директне) штете (губитак и оштећење ствари) или индиректне (даљне) штете које су такође последица закашњења, али је њихов појам донекле нејасан. Наиме, спорно је да ли даљне, тј. индиректне штете, негативно одредити као оне које настају услед закашњења, али које се нису ипољиле директно на роби проузрокујући јој неко физичко оштећење. Ово би био вид супротности од тзв. стварних штета на роби (када је роба физички оштећена) и испољавао би се само у економском виду попут пада цена робе која се превози (које не би погодило корисника превоза да му је роба предата на време), промашеност употребе ствари (закашњења на сајам, изложбу, спортско такмичење итд.), губитка очекиване провизије, те настанка обавезе плаћања уговорне казне другом лицу коме је роба требало да буде препродата (фискне продаје).²⁵ Неспорно је да наведене штете представљају штете које настају услед закашњења у испоруци робе и да на њих треба применити критеријум возарине приликом одређивања висине накнаде штете.

²⁵ Детаљније о примерима даљне штете вид. М. Васиљевић (1991), 43.

Са друге стране, спорно је да ли стварне штете, тј. физичке промене (оштећења) на роби могу да буду последица закашњења у испоруци, односно да ли је могуће / потребно на ове штете применити режим тежине робе / јединице терета као одређујући приликом одлучивања о висини накнаде штете. Правна теорија и пракса по овом питању су врло неуједначене и чини да је веома тешко доћи до општеприхватљивог одговора. Наиме, делује да није истоветна ситуација ако би услед прекорачења рока испоруке дошло до пропасти / кварења лако кварљиве робе попут животних намирница са оном у којој би у периоду након прекорачења рока испоруке дошло до оштећења техничке робе услед поплава које су могле да буду избегнуте да је превоз извршен на време. И у једном и у другом случају долази до физичких промена на роби, само је разлика у томе што је у првом случају закашњење у испоруци као узрок ближе последици, док у другом није толико испољено као непосредни узрок штете. Додатну дилему ствара (не)могућност примене општих и посебних основа ослобођења железнице од одговорности у случајевима настанка штете на роби након протекла рока предвиђеног за испоруку, а посебно имајући у виду да „строга одговорност постаја још строжија у доцњи“. Међутим, чини се да је примењивост општих и посебних основа ослобођења од одговорности временски неограничена, јер се они могу применити, формално посматрано, у свим случајевима када је штета настала од тренутка преузимања на превоз до тренутка предаје (издавања робе). Дакле, закључак је да се могу применити и у периоду када је закашњење већ наступило.²⁶

Одлучујући о питању да ли оштећење робе подвести у штету насталу закашњењем, делује да би одговор требало да буде одричан из следећег разлога. Наиме, кориснику превоза је свеједно да ли му је роба предата оштећена на време или са закашњењем, јер му је, пре свега, битно да буде обештећен због оштећења робе, а потом због закашњења. Дакле, ако корисник превоза може да трпи штету ако му је роба неоштећена стигла са закашњењем (и према томе да добије накнаду штете због закашњења), нема разлога да не добије накнаду штете због оштећења робе (према правилима о обештећењу за оштећење робе), чак и ако је она стигла са закашњењем.²⁷ У том смислу, потребно је закључити да ће се кориснику превоза накнађивати штета због закашњења само ако су наступиле трговинске, даљне ште-

26 Д. Ђурђев (1983), 199.

27 Б. Јакаша, 375; Д. Ђурђев (1983), 203.

те,²⁸ а ако је наступила и штета на роби, онда ће се надокнађивати штета само према правилима за обештећење оштећења пошилке.²⁹

5. Накнада штете због закашњења

а) Различити интереси

Приликом одлучивања о висини накнаде штете која настаје закашњењем у испоруци робе, могу се уочити три различите групе интереса. То су интерес превозиоца, интерес корисника превоза и, најзад, интерес друштвене заједнице као такве.

Интерес превозиоца се састоји у томе да накнада штете услед закашњења буде што мања, ако не и да је уопште не буде. Превозиоци као интересна група (ако би се могли као такви одредити) оправдавају овакав став чињеницом да би их превелики износи накнада оваквих штета (када је дошло до прекорачења рока испоруке, а не и до оштећења робе) могли демотивисати у обављању њихове делатности. У том смислу, у почетку 20. века, када су обликована прва општеприхваћена правила о превозу (у разним гранама) ишло се ка томе да се апстрахује (изузме) ова одговорност превозиоца или, пак, да се сведе на најмању могућу меру.³⁰ Ако би се уговор о превозу у својој правној природи посматрао као уговор о делу, налогу и остави, чини се да је ово био период када је преовладала особина оставе у уговору о превозу, односно претежности обавезе очувања робе у превозу (превозилац као складиштар).

Са друге стране, развој технологије је неминовно утицао на испољавање интереса брзине у превозу, односно интереса потребе у трговин-

28 Српски Закон о превозу железницом изричито предвиђа да ће се према режиму накнаде штете за закашњење намиривати и штете оштећења на роби. Овакво решење се чини спорним, јер се штете оштећења и закашњења поистовећују, иако се ради о различитим штетама које се накнађују према различитим критеријумима (тежина пошилке и возарина). Вид. Закон о превозу железницом, чл. 102, ст. 2.

29 Иначе, сама штета због закашњења неће постојати ако је пошилка у потпуности изгубљена, односно ако је делимично изгубљена, штета због закашњења ће постојати само на оном, неизгубљеном, испорученом делу пошилке. Вид. Закон о превозу железницом, чл. 102, ст. 3.

30 Овакав став потврђују међународни извори саобраћајног уговорног права тога доба, а пре свега, у поморском праву, где оваква одговорност превозиоца уопште није постојала, али и у железничком праву где се „висина“ одговорности сводила само на износ једне превознине. О развоју овог типа одговорности вид. Петар Крагић, „Закашњење у предаји терета у СМI-јевим „питањима пријевозног права“, *Поредбено поморско право*, бр. 156/2002, 18 и даље; Весна Фолић Фоглар, „Одговорност за закашњење у пријевозу робе у садашњој поморској пракси и према Ротердамским правилима“, *Поредбено поморско право*, бр. 166/2012, 206.

ском, предузетничком смислу (потреба за робом како би се на тржишту у тачно одређено време препродала или прерадила). Такав интерес корисника превоза постаје све јачи, па чак и у таквој мери, да му потреба за робом престаје ако му она не буде испоручена у предвиђено, очекивано време. Тако испољен став корисника превоза чини да се уговор о превозу у својој правној природи сагледава све више кроз компоненту уговора о делу, односно услугу превоза изоловано посматрану у смислу брзине, тачности њеног пружања. Због тога, одговорност превозиоца за кашњење у испоруци добија све више на значају, а што се изражава кроз више износе накнаде штете. Штавише, сама метода обрачуна овакве штете се ставља под сумњу, јер се разматра да ли је оправдано да се штета настала закашњењем обрачунава спрам превознине, док се она на роби обрачунава спрам вредности / тежине робе. Због тога, у једном периоду, у железничком саобраћају се установљава обавеза превозиоца да исплаћује одређене, казнене, износе за сваки дан закашњења, без обзира да ли је корисник заиста и претрпео штету.³¹ Међутим, такво решење се учинило анахроним у савременом железничком праву, па је из тог разлога изопштено из система накнаде штета због закашњења. Са друге стране, постоје схватања, која су сасвим оправдана, да би „казнену“ одговорност железнице за закашњење у испоруци (када штета није доказана) требало оставити у домаћем правном систему због „традиционалне нередовности нашег железничког саобраћаја“.³² Штавише, чини се да не постоје само традиционални разлози за опстанак овакве одговорности, него, пак, и савремени, који се огледају у све већој потреби за брзином и угрожености не више једино интереса корисника превоза, него и читаве друштвене заједнице.

31 Д. Ђурђевић (1983), 187 и даље. Оваква начин обештећења корисника у савременим, важећим правилима железничког уговорног права више не постоји у погледу превоза робе, а опстаје само у превозу пртљага. Иако је у раду већ поменута различитост самих основа одговорности у погледу превоза путника и робе (у погледу строжег тумачења више силе код превоза путника, вид. Д. Ђурђевић (1985), 238), чини се да у случају превоза пртљага и робе не би требало правити разлику у погледу начина обештећења. Наиме, питање је ко трпи већу штету услед кашњења у испоруци – путник у погледу пртљага или предузетник који очекује да настави започети производни, трговачки процес (препраде, препродаје). У том смислу, могло би се заузети становиште да је ситуација када испорука робе касни предузетнику, као кориснику превоза, знатно озбиљнија, јер тада нису угрожени само његови лични интереси (као у случају путничког пртљага), него и интереси његових пословних сарадника, али и друштва као целине. Због тога, делује оправдано да се таква „казнена“ одговорност железнице васпостави, односно у изменама постојећег правног режима поново уведе, како би се, како тако, заштитили сви интереси у питању. Упор. Закон о превозу железницом, чл. 102, ст. 2 и чл. 26, ст. 1, тач. 2.

32 М. Васиљевић (1991), 45.

Како брзина одвијања производно-потрошачких односа утиче на уочавање важности све бржег, тј. тачнијег испуњавања уговора о превозу, тако се испољава и трећи интерес који може да буде угрожен доцњом у испоруци робе. То је интерес друштва као целине, а могао би се изразити једноставно као интерес за доступношћу роба у време када је потреба за њима најизраженија, а што је економски потврђено кроз тзв. теорију о преференцијама.³³ И супротно, опадање интереса за робом након тог времена. Примера ради, то је интерес за сезонском робом, интерес за одржавањем одређених манифестација и слично. У том смислу, могло би се рећи да железница има својеврсну друштвену одговорност у компанијско-правном смислу, при чему би проблем могао да представља како би се штета накнађивала у случајевима закашњења.³⁴ С обзиром да су системи накнаде („казнени“ за недоказану штету и ограничени спрам возарине за доказану) окренути, пре свега, кориснику превоза, уочава се проблем начина на који би ова „друштвена“ штета могла да се накнађује. Чини се да би у погледу изневерених очекивања друштва у погледу тачности превоза требало стварати норме које ће такве штете спречавати, а не накнађивати, с обзиром да их је тешко економетријски одредити. То је питање које се тиче не само превозиоца као таквог (јер, да је тако, лако би се решавало увођењем све строже одговорности), него и инфраструктуре,³⁵ односно планирања система железнице као неодвојивог дела произвођачко-потрошачког процеса, али и саме организације тржишта, односно његовог снабдевања.

б) Важећи режим накнаде штете

Ако се установи одговорност превозиоца за прекорачење рока у испоруци робе, онда могу да настану две ситуације. Прва, у којој је корисник превоза претрпео штету услед задоцнелог пријема робе и, друга, у којој корисник превоза није претрпео штету. У првој ситуацији, када корисник претрпи штету (а превозилац је истовремено одговоран), та штета ће моћи да му се накнади само ограничено, тј. до износа четвороструке

33 Gary S. Becker, Casey B. Mulligan, „The endogenous determination of time preference“, *Quarterly Journal of Economics*, бр. 3/1997, 731 и даље; Peter C. Fishburn, Ariel Rubinstein, „Time preference“, *International Economic Review*, бр. 3/1982, 677 и даље.

34 О појму друштвене одговорности компанија вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013, 119 и даље.

35 Проблем одвајања железнице као превозиоца од организатора железничког превоза у смислу инфраструктуре, овај проблем чини израженијим.

превознине која је плаћена за превоз конкретне робе.³⁶ При томе, накнада се дугује само за робу која је са доцњом испоручена, а не и за ону која је изгубљена или, пак, оштећена.³⁷ Наравно, износ накнаде штете може бити и виши ако је корисник превоза приликом закључивања уговора (односно приликом попуњавања товарног листа) о превозу назначио износ за посебно обезбеђење уредне испоруке, када ће превозилац одговарати до тог износа.³⁸

У другој ситуацији, када је превозилац одговоран за закашњење у превозу, а корисник није претрпео конкретну штету, спорно је да ли превозилац дугује накнаду. Наиме, према раније важећим прописима, превозилац је и у оваквим случајевима (одсуства испољавања конкретне штете услед закашњења) дуговао одређену накнаду обрачувану за сваки дан закашњења.³⁹ То се чинило оправданим, јер се сматрало да железница има мање ризике закашњења у односу на друге врсте превоза, с обзиром да јој је пут познат и да га једино она као превозилац користи. Међутим, овакав правни режим тренутно не постоји у изричитом виду, иако би се могло супротно протумачити с прам важећег Закона о превозу железницом. Наиме, у овом пропису је предвиђено да ће ималац права имати право на накнаду према тарифи у случају прекорачења рока превоза за које је одговоран превозилац. С обзиром да се у следећем ставу истог члана овог прописа предвиђа одговорност превозиоца у случају када је корисник превоза претрпео штету, могао би да се изведе закључак да превозилац дугује накнаду штете, чак, и када корисник превоза није претрпео штету, а превозилац је одговоран за закашњење у испоруци. На

36 Закон о превозу железницом, чл. 102, ст. 2. Тренутно важећи износ ограничења накнаде штете на највише четири конкретне превознине је некада био на нивоу једне, две и три превознине, односно постоји тенденција повећања износа накнаде за ове штете услед све већег значаја брзине (правовремене испоруке) у трговини.

37 Поставља се питање да ли би требало да постоји тзв. кумулација одштетних захтева, односно сабирање накнада штета, када је роба са оштећењем задоцнело испоручена. Чини се да у оваквим случајевима нема места кумулацији захтева из разлога што да је оваква роба и на време испоручена, корисник превоза не би могао у том тренутку да је користи, јер би морао да је мења или оправља, а у сваком случају би имао право на накнаду због оштећења (не и закашњења). Са друге стране, поставља се оправдано питање зашто корисник превоза коме је оштећена роба пристигла на време не би имао право на накнаду (једнаку оној из обештећења закашњења), због времена које је морао да употреби да би оштећену робу вратио својој намени. Очигледно је да и у таквим случајевима корисник превоза трпи због губитка времена. Вид. П. Крагић, 13 и даље.

38 Закон о превозу железницом, чл. 103.

39 Д. Ђурђев (1983), 187 и даље.

овај начин Закон о превозу железницом из 2015. године уводи правило кога није било у Закону о превозу железницом из 1995. године чиме се усклађује са појединим теоријским схватањима о неопходности одговорности и у оваквим случајевима из разлога „дисциплиновања“ железнице.⁴⁰ Међутим, ово правило је бланкетног, тј. ослањајућег карактера, јер предвиђа да ће превозилац у оваквим случајевима одговорности за „непретрпљену“ штету дуговати износе предвиђене тарифама које сам превозилац доноси.

III Закључак

Доношењем новог правног оквира железничком праву, Република Србија је отворила могућност развијања тржишних односа у, овој, за привреду сваке земље врло важној грани превоза. Посебно се то испољава у омогућавању оснивања више различитих железничких превозилаца који могу међусобно да конкуришу у обављању делатности, за разлику од, до скоро, монополистичког положаја Железница Србије. Међутим, раздвајање функција јединственог државног предузећа на више правних лица, а посебно на управљача инфраструктуре и превозиоца, у постојећем правном режиму ствара проблем код одговорности за закашњење у испоруци робе. Чинећи искључиво превозиоца одговорним за штете закашњења које је проузроковао управљач инфраструктуре, постојеће српско право намеће превелик и неправедно наметнут терет превозиоцима. Неправедост, и уједно неоснованост, оваквог решења се састоји у томе што превозилац не може да утиче, а тиме ни да спречи да управљач инфраструктуре не проузрокује кашњење у железничком саобраћају. Наиме, управљач инфраструктуре је тај одлучилац који утиче на распоред кретања у железничкој мрежи и, сходно томе, превозиоци не могу да утичу на његове одлуке јер му нису формалноправно надређени. Тиме се основ одговорности железнице од релативног каузалитета преображава у овом, једином, случају у апсолутни каузалитет, када се превозилац не би могао да ослободи одговорности ни једним другим разлогом до кривице самог корисника превоза. С обзиром на недопустивост оваквог правног режима, чини се сврсисходним поделити одговорности превозиоца и управљача инфраструктуре, управо, онако како су подељене и њихове надлежности (функције). Сходно томе, превозилац не би требало да одговара за грешке управљача инфраструктуре, с обзиром, како је већ по-

40 Упор. Закон о превозу железницом, чл. 102, ст. 1. и Закон о уговорима о превозу у железничком саобраћају, *Сл. лист СРЈ*, бр. 26/95, чл. 74.

менуто, он не може да утиче на њега ни у ком погледу, попут избора, надзора и давања упутстава.

Са друге стране, у погледу накнаде штете коју дугује превозилац, чини се да би у српском Закону о превозу железницом требало да буде јасније регулисана ситуација тзв. казнене одговорности превозиоца, када би он дуговао одређене износе иако штета није стварно наступила, а на основу саме чињенице закашњења. Тренутно законско правило у овом погледу се ослања на превозиочеве тарифе (тј. опште услове пословања), чиме се правним режим одгорности, као кључна установа у превозу робе, чини зависним од слободне воље железничког превозиоца. Јасно се да је то недопустиво, посебно ако се има у виду строгост режима одговорности, уопште у саобраћајном праву, а посебно у железничком превозу, поводом које је недопустиво да превозилац самостално мења висину своје одговорности. Овакво решење би, под неким другим условима, могло да се прихвати као ваљано, јер подстиче конкурентност међу превозиоцима (корисници превоза би увек бирали оног превозиоца који нуди веће обештећење и накнаду кад штета услед закашњења не настане). Међутим, имајући у виду, још увек, у траговима монополистичке манире српске железнице, чини се да би се у Закону о превозу железницом требало јасније одредити спрам тога постоји ли одштета у оваквим случајевима или не, односно не ослањати се искључиво на превозиочеве опште услове пословања (тарифе).

Svetislav JANKOVIĆ, PhD

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

LIABILITY OF RAILWAY CARRIER FOR DELAY IN DELIVERY OF GOODS

Summary

In this article, the author initially, in introductory note, explains a new legal regime in Serbian railway law. It is consisted of three new laws which brought about division of Serbian railway, as one unit, one company, into four separated companies, from which is especially important separation of infrastructure management function from function of carriage. In combination with new Serbian railway legal regime it causes the biggest problem in liability of carrier

for delay, because it makes responsible carrier for fault and mistakes of manager of railway's infrastructure, despite of impossibility of carrier to control or make directive to manager of infrastructure. Actually, on this way, the carrier is imposed with a duty of manager of infrastructure to perform timetable and other organizational function in railway network. This legal solution seems unfairly due to carrier neither can choose nor control manager of infrastructure in its operation and from that reason the author proposes new solution which would lead to separation of liability of involved legal persons in railway traffic according to network principle. Network principle, by the way, makes responsible only those in whose part of route (time, way) damage occurred. Consequently, this would make railway carrier responsible only for operation of carriage, but not for above mentioned function of making schedule which is dominantly function of manager of railway infrastructure.

In the second and central part of the article, the author explains and specifies what is actually meant by the term of delay, what types of exceeding the referent time exist and, finally, what sort of damages could arise from exceeding the delivery time (especially regarding to commercial and real damage on goods). It is concluded that carrier, in case of delay, should be compensated only with commercial but not real damages on goods, because of existence of different criteria of limiting these damages.

Key words: *liability of railway carrier, exceeding of time delivery, manager of infrastructure, delay, limitation of damage.*

Христина ВОЈВОДИЋ

студент Правног факултета Универзитета у Београду

НЕДОСТАЦИ РЕГУЛАТИВЕ ОПЕРАТИВНОГ ЛИЗИНГА У СРБИЈИ*

Резиме

На почетку рада изложени су појам и историјат лизинга, са посебним освртом на оперативни лизинг. Након уводних излагања, аутор разматра основно питање које се поставља поводом правне природе оперативног лизинга, са концентрисањем на два најистакнутија становишта, првог на основу којег је оперативни лизинг схваћен као класичан закуп или посебан вид закупа, и другог који га сврстава у неименоване уговоре. Посебно је указано на значај овог питања, с обзиром да оперативни лизинг у српском праву није регулисан, те од становишта које се заузме поводом његове правне природе зависиће који ће се прописи применити на овај уговор. У раду је учињено настојање да се укаже на најчешће проблеме који се у пракси националног пословног промета јављају у контексту закључења и извршења уговора о оперативном лизингу. Најзад, указује се на утицај који оперативни лизинг има на целокупно друштво и привреду једне земље и недостатке које са собом носи неуређен правни режим овог правног посла.

Кључне речи: лизинг посао, оперативни лизинг, закуп, неименовани уговор, Закон о облигационим односима.

I Појам

Лизинг је правни посао који је настао у пословној пракси, а настао је из потребе да се створи неки нови облик пласирања капитала који ће бити сигурнији за финансијске институције. Наиме, капитал се може набавити на два начина: улагањем и/или позајмљивањем. Зајам као финан-

* Рад је награђен од стране Фондације „Професор Др Мирко Васиљевић“ као најбоље урађен рад из области трговинског права.

сијски инструмент је праћен бројним ризицима који се налазе како на страни зајмодавца (инсолвентност зајмопримца, немогућност намирења у стечајном поступку), тако и на страни зајмопримца (промене на тржишту, често уговорена фиксна каматна стопа и слично).¹ Улагање, са друге стране, подразумева једнократно одвајање често велике суме новца (коју ти субјекти не поседују) за куповину опреме, средстава за рад, некретнине и слично.² Како би се превазишли ризици зајма и немогућност улагања велике суме новца у опрему, аутомобиле и некретнине, финансијске институције (првенствено банке) су почетком 20. века осмислиле посебан начин средњорочног, односно дугорочног средства финансирања, познатог као лизинг.³

Како је банка овим правним послом заштићенија? Када се у банкарском праву каже да финансијска институција „има обезбеђење“, мисли се да она има нека својинска или државинска права на имовини у својини њеног клијента или неког трећег лица. Код лизинга то није случај, пошто финансијска институција остаје власник возила и након предаје у државину кориснику лизинга. Могућност поновног прибављања предмета лизинга у државину представља највећу предност лизинга.⁴ Предност лизинга је најочљивија у стечајном поступку када давалац лизинга има излучно право у погледу предмета лизинга.⁵ Практично, ли-

1 Galal W. Mohamedien, „Legal Aspects of Leasing: A Critical Review of Egyptian Law No. 95 of 1995 on Finance Leases“, *Arab Law Quarterly*, бр. 2/2002, 108-110. Још једно значајно питање о којем се расправља јесте да ли су дуг (по основу кредита, зајма) и лизинг допуњујући (комплементи) или замењујући (супститути). Стандардна истраживања почињу од претпоставке да су они замењујући, односно промет новца по основу уговора о лизингу сматрају истоветним са прометом новца по неком другом дуговном правном односу. У новијој теорији, ипак, чини се да је заступљенији став о допуњујућем односу ова два појма, односно ставу како је већи дуг повезан са већим лизингом. Више о томе вид. James Ang, Pamela P. Peterson, „The leasing puzzle“, *The Journal of finance*, бр. 4/1984, 1055-1064. Према одређеним истраживањима, постоји неколико основних примера који илустрију допуњујући однос ова два појма, и према њима профит компаније може бити максимизован комбинацијом зајма и лизинга, а лизинг има највише предности у савршеној тржишној економији где су маргиналне пореске стопе једнаке и за даваоца лизинга и за корисника лизинга. Вид. Craig M. Lewis, James S. Schallheim, „Are debt and leases substitutes“, *The Journal of Financial and Quantitative Analysis*, бр. 4/1992, 501, 502.

2 Дубравка Косић, *Модели уговора о лизингу са посебним освртом на лизинг у Југославији*, докторска дисертација, Београд, 1999, 6.

3 G. Mohamedien, 110.

4 Што је даваоцу лизинга лакше да поново прибави државину на предмету лизинга, то је вероватноћа да ће прималац лизинга уредно измиривати своје обавезе већа.

5 Andrea L. Eisfeldt, Adriano A. Rampini, „Leasing, ability to repossess and debt capacity“, *The Review of Financial Studies*, бр. 4/2009, 1625.

зинг има функцију обезбеђења, иако, строго правно посматрано, не представља обезбеђење у правом смислу те речи. Многобројни аутори зато лизинг називају и „квази-обезбеђењем“.⁶

Међународни инструменти који уређују ову област не садрже прецизне дефиниције лизинга. Уколико, пак, и садрже одређенију дефиницију то је она која ближе одређује финансијски лизинг, док се оперативни лизинг објашњава преко финансијског лизинга.⁷ Међународни рачуноводствени стандард број 17 практично идентификује лизинг са закупом дефинишући га као уговор на основу којег закуподавац (давалац лизинга) преноси на закупца (примаоца лизинга) право на коришћење неког средства на уговорени период уз плаћање закупнине (лизинг накнаде) одједном или у ратама.⁸ Сличан приступ има и Конвенција из Кејп Тауна, која дефинише лизинг као уговор којим једно лице (давалац лизинга) даје другом лицу (примаоцу лизинга) право на државину и контролу на ствари (са или без опције да откупи исту) у замену за закупнину или другу исплату.⁹ Према Финансијском рачуноводственом стандарду број 13, који је детаљнији од МРС 17, финансијски лизинг је онај који, између осталог:

- преноси власништво над предметом лизинга на корисника лизинга истеком лизинг уговора;
- садржи опцију куповине;
- време на које се уговара лизинг је више или једнако од 75 % процењеног економског живота предмета лизинга;

6 Е. Р. Ellinger, Eva Lomnicka, Richard Hooley, *Ellinger's Modern Banking Law*, Oxford, 2002, 721-724. Више о овоме вид. Ewan McKendrick, *Goode on Commercial Law*, 4th ed., London, 2010, 630.

7 На међународном нивоу је обрађен само један модел уговора о лизингу, финансијски лизинг, али он не подразумева нужно и сходну примену ових правила на остале моделе уговора о лизингу. Вид. Д. Косић, 13.

8 Међународни рачуноводствени стандард (енг. *International Accounting Standards*) број 17 – МРС 17, доступно на адреси: <http://www.iasplus.com/en/standards/ias>, 19.12.2015.

9 Доступно на адреси: <http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention>, 19.12.2015. Конвенција о међународним интересима на покретној опреми је закључена 2001. године у Кејп Тауну, а на снагу је ступила 1. марта 2006. године. Конвенција говори о „стварноправном интересу“ повериоца који је финансирао куповину покретне опреме, а он може да настане по основу уговора о обезбеђењу, уговора о продаји са задржавањем права својине на продатој покретној опреми или уговора о лизингу. И поред многобројних предности које са собом доноси ратификација ове конвенције, наша земља је до сада није ратификовала. Више о томе вид. Небојша, Јовановић, „Међународна недржавинска залога покретности – дело ва ваздухоплова“, *Зборник радова у спомен проф. др Миодрaга Трајковића* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 287-305.

- садашња вредност лизинг накнаде, умањена за одговарајућу дисконтну стопу, прелази 90 % тржишне вредности ствари.

Појам оперативног лизинга је одређен, коришћењем негативне дефиниције, као сваки други лизинг који није финансијски.¹⁰ *UNIDROIT* конвенција, за коју се слободно може рећи да није имплементирана како треба,¹¹ регулише само финансијски лизинг, који је описан као уговор којим једна уговорна страна (давалац лизинга):

а) по спецификацији друге уговорне стране закључује уговор о испоруци на основу којег давалац лизинга набавља индустријску опрему, капитална добра или другу опрему, под условима које је закупац одобрио и у мери која се тичу његових интереса и

б) закључује уговор о лизингу са примаоцем лизинга којим се примаоцу лизинга даје право да користи опрему и заузврат плаћа закупнину.¹²

Уговор о лизингу се у већини националних законодавстава регулише прописима који се посредно односе на лизинг.¹³ У домаћем праву постоје различита становишта о појму лизинга.¹⁴ Према проф. Мирку Васиљевићу уговор о лизингу јесте уговор којим се давалац лизинга обавезује да ће кориснику лизинга дати на привремено коришћење одређену ствар, коју му је у својину предао испоручилац предмета лизинга, уз задржавање права својине даваоца лизинга, као и да ће обавити одређене радње у вези са том употребом, а корисник лизинга се обавезује да плаћа накнаду у уговореним ратама и да по истеку уговореног рока врати ствар

10 Финансијски рачуноводствени стандард (енг. *Financial Accounting Standards*) број 13 – ФРС 13, доступно на адреси: <http://www.fasb.org/home>, 19.12.2015.

11 На снази је у само 10 земаља. Више података доступно на адреси: <http://www.unidroit.org/status-leasing-conv-1988>, 15.12.2015.

12 Више података доступно на адреси: <http://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention-leasing>, 15.12.2015.

13 Тако је лизинг посебним законом регулисан у Француској и Белгији, а код нас је 2003. донесен Закон о финансијском лизингу. Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2014, 358.

14 Једна од првих и неретко цитираних дефиниција јесте она Људевита Розенберга која каже да је лизинг метод финансирања набавке покретних и непокретних инвестиционих добара која се, на темељу уговора о лизингу дају на коришћење примаоцу лизинга уз одређену накнаду и на уговором одређено време, тако да се та добра могу са тим једним примаоцем амортизовати у периоду дужем од трајања уговора о лизингу. Вид. Људевит Розенберг, *Правни проблеми лизинга*, Опатија, 1971, 14, 15.

даваоцу лизинга, или продужи коришћење или је откупи.¹⁵ Домаћим законодавством је предвиђено да давалац лизинга може бити друштво са ограниченом одговорношћу или акционарско друштво са дозволом Народне банке Србије за обављање ових послова.¹⁶

Као што је већ напоменуто, постоје тешкоће око одређења појма финансијског лизинга, који је и развијенија форма, па не треба да чуди да је одредити појам оперативног лизинга још теже. Оперативни лизинг се најчешће дефинише као уговор који закључују две стране, давалац лизинга, који је истовремено и испоручилац, и прималац лизинга.¹⁷ Чини се да је најподесније оперативни лизинг (директан лизинг) одредити као уговор којим се давалац лизинга обавезује да преда ствар примаоцу лизинга на коришћење, а прималац лизинга се обавезује да на име коришћења исплати одређени новчани износ.¹⁸

II Историјат

Иако поједини аутори сматрају да је лизинг, у свом изворном облику, настао још у древним временима (ови теоретичари творцима сматрају Феничане, а корене виде и у Хамурабијевом закону),¹⁹ ипак је заступљеније мишљење да је то институт 20. века. Лизинг је настао у САД где се појавио као једна врста закупа, односно рентирања опреме велике вредности.²⁰ Великом брзином се ширио, прво у самим САД, а затим и у Западној Европи (пре свега, Француској).²¹ Иако релативно млад инсти-

15 М. Васиљевић, 357-358. Слично га дефинишу и Радомир Ђуровић и Божидар Павићевић. Вид. Радомир Ђуровић, *Међународно привредно право*, Београд, 1991, 317; Божидар Павићевић, *Уговор о лизингу, франшизингу, факторингу и форфетингу*, Београд, 1992, 19.

16 МРС 17 предвиђа да се лизингом могу бавити предузећа која су произвођачи опреме која се даје у закуп (директан лизинг) или предузећа чија је основна делатност давање средстава у закуп или финансијски лизинг (индиректан лизинг). Више података доступно на адреси: - <http://www.iasplus.com/en/standards/ias>, 12.12.2015.

17 М. Васиљевић, 362.

18 Не треба сметнути са ума да постоји могућност да и код директног лизинга давалац лизинга закључи уговор са банком о финансирању лизинг аранжмана, али тада она не постаје уговорна страна.

19 Хамурабијев законик, чл. 236, доступно на адреси: <http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>, - 9.12.2015. Вид. W. H. Lawrence, J. H. Minan, *The Law of Personal Property Leasing*, Thomson West, 2003.

20 Д. Косић, 7.

21 Ширење овог посла у Европским земљама није ишло без тешкоћа, јер европска правна традиција, за разлику од англосаксонске, није нарочито наклоњена уговорима који нису регулисани законом. Вид. М. Васиљевић, 358.

тут, лизинг је доживео невероватно велики успех у пословној пракси.²² Одређени аутори тврде да данас чак 88% свих привредних и индустријских пројеката у САД зависе од лизинга.²³ У нашој правној пракси лизинг се појавио када су се за то стекли услови либерализацијом трговине, односно уласком у период транзиције.²⁴

Поставља се логично питање у чему је, заправо, толики значај лизинга? Пре свега, он је значајан за произвођаче опреме. Они желе да пласирају опрему и продуже њен употребни век (који, зависно од области у којој се користи, траје у просеку 3 до 5 година). Наиме, велики технолошки напредак и технологија која се усавршава великом брзином довели су до тога да опрема јако брзо застарева.²⁵ За финансијске организације лизинг представља финансијски инструмент који је сигурнији од уобичајених начина пласирања капитала.²⁶ Давалац лизинга не сноси ризик случајне пропасти ствари, што је предност само код финансијског лизинга. Лизинг је значајан и за кориснике лизинга, физичка/правна лица, која сматрају рентабилнијим исплату предмета лизинга у одређеним фазама, у дужем временском периоду.²⁷ Такође, лизинг (нарочито оперативни) омогућава корисницима лизинга да прибаве најновија средства на тржишту.²⁸ Шире посматрано, лизинг побољшава слику њиховог буџета.²⁹ Даље, лизинг у одређеним земљама омогућава одређене пореске и финансијске олакшице. Основни интерес је да се, периодично, из остваривања добити по основу организовања производње опремом у лизингу оствари

22 Као пример може послужити лизинг ваздухоплова, где је већ до 2007. године четвртина светске ваздушне флоте била под лизингом. Вид. Morrell P S, *Airline Finance*, 3rd ed., Ashgate, 2007, 196.

23 Процент је још виши у области нафтне индустрије, где досеже 93% . Вид. G. Mohamedien, 110.

24 Д. Косић, 13.

25 Д. Косић, 9; G. Mohamedien, 115.

26 G. Mohamedien, 113.

27 Лизинг омогућава кориснику лизинга да избегне ситуацију у којој би морао да замрзне део ликвидних финансијских средстава како би исплатио укупну цену предмета лизинга. Вид. G. Mohamedien, 112.

28 Према речима Jessy Cavazos-а, директора Frost & Sullivan-а, основни разлози због којих се правни субјекти одлучују да инвестирају у узимање опреме у закуп (оперативни лизинг) јесу дужина трајања закупа, економска неизвесност, убрзани развој технологије и нижа цена опреме узете у закуп. Вид. Jessy Cavazos, „Should you be renting/leasing test and measurement equipment?“, *Evaluation Engineering*, Vol. 54 Issue 11, 42, 43.

29 Закупнине и слична давања се не приказују у билансима. Вид. G. Mohamedien, 113.

неопходна добит која ће моћи да оправда лизинг накнаду,³⁰ а истеком овог уговора (у случају оперативног лизинга) врати опрему и закључи нови уговор о оперативном лизингу, значајно повољнији, са новим предметом лизинга, технолошки унапређеним.³¹ Неретко истицан аргумент од стране лизинг компанија јесте да он омогућава „стопостотно финансирање“.³² Лизинг је од посебног значаја за мале фирме³³ у којима, према истраживању, лизинг може бити главно спољашње средство финансирања (и до 46% капитала).³⁴

III Правна природа оперативног лизинга

Одређење правне природе уговора о оперативном лизингу (и лизингу уопште) представља област неслагања многих аутора. Делује да је значајно концентрисати се на два најистакнутија становишта о његовој правној природи. Према првом становишту оперативни лизинг је схваћен као класичан закуп или као посебан вид закупа, док га други сврставају у неименоване уговоре. Ово питање је јако значајно имајући у виду да оперативни лизинг у српском праву није регулисан, како би било јасно које одредбе треба применити на њега. Једино неспорно у овој дилеми јесте да се на уговор о оперативном лизингу примењују опште одредбе Закона о облигационим односима.³⁵ У начелу се може рећи да већина аутора као основ за изучавање уговора о оперативном лизингу полази од уговора о закупу. Ово становиште и не чуди када се узме у обзир да је ли-

30 Као што је и Врховни суд Србије истакао да је превасходни циљ корисника лизинга да ствар - економски искоришћава, а не да на њој стекне својину. Из пресуде Врховног суда Србије, Прев -39/2000.

31 Д. Косић, 12.

32 А. Eisfeldt, А. Rampini, 1622.

33 Фирме које исплаћују мањи износ дивиденди (у односу на имовину) и фирме које имају мањи прилив новца.

34 Ово може бити јако опасно, ако се узме у обзир да се ова средства у пословним књигама не приказују у билансима, па уколико бисмо игнорисали ту чињеницу постојала би могућност да се за инвеститоре створи лажна слика о успешности пословања наведених субјеката. Вид. А. Eisfeldt, А. Rampini, 1624-1652.

35 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља. - „Давалац лизинга и испоручилац морају бити различита лица, иначе се примењују правила о закупу или другом правном послу“. Вид. М. Васиљевић, 357. Овакво становиште је заузела и наша судска пракса. Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 7167/04 од 6.12.2004. године.

зинг и настао као закуп, односно посебна врста уговора о закупу.³⁶ Наша судска пракса приликом одлучивања је приврженија овом становишту, те тако у једној од пресуда можемо уочити овакав став суда где се наводи да „правно посматрано овде (уговор о оперативном лизингу) и није реч о уговору о лизингу који има своја специфична правила, већ је у основи реч о уговору о закупу или неком другом именованом уговору, са одређеним специфичним клаузулама“.³⁷ Није без значаја напоменути дугогодишњу праксу наших судова (до доношења Закона о финансијском лизингу) да и уговор о финансијском лизингу квалификују као закуп који може прерасти у купопродајни однос у случају испуњења одложеног услова предвиђеног тим уговором (а то је исплата целокупних уговорених лизинг накнада),³⁸ односно, сматрали су да су стране уговориле продају са оброчним отплатама цене у виду закупнине.³⁹ Овакво схватање, не без правног основа, али не узимајући у обзир различиту суштину ова два правна посла, несумњиво упућује на тенденцију квалификовања чак и уговора о финансијском лизингу преко уговора о закупу.⁴⁰ Наш Закон о финансијском лизингу не помиње испоручиоца приликом одређења пој-

36 Сам назив лизинг је настао од енглеске речи *Lease-to lease* што значи закуп, односно давати у закуп. У српском праву се користи англосаксонски термин лизинг, док се у речнику страних речи и израза лизинг објашњава као изнајмљивање, послови закупа опреме и неких трајних потрошних добара на одређено време, после којег се закупљено враћа или докупљује. Вид. Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1996/97. У САД-у се изучава као класичан закуп или посебан вид закупа који служи за обезбеђење интереса даваоца лизинга, а као критеријум разграничења узима се основно време трајања уговора, амортизациони век опреме, постојање опција, уговарање купопродајне цене, укупан износ лизинг накнаде која је исплаћена по уговору и сл. Вид. Александар Јакшић, *Обезбеђење извршења обавеза у међународном правном промету*, Београд, 1989, 66. Наш Царински закон га је третирао као неку врсту закупа. Вид. Д.Косић, 26. Француски закон га уређује као посебну врсту закупа – кредитни закуп. Вид. Д. Косић, 89.

37 Из решења Вишег трговинског суда, Пж. 7167/04 од 6.12.2004.

38 Из пресуде Врховног суда Србије, Рев.110/03 од 2.4.2003. године.

39 У таквој ситуацији исплата закупнине је у функцији оброчне исплате купопродајне цене, јер исплаћени износ улази у исплату цене. Из пресуде Врховног суда Србије, Рев. 2730/97 од 5.6.-1997. године. Сличан став можемо видети и у пресуди Вишег трговинског суда, Пж. 316/05 од 2.2.2005. године, где суд квалификује уговор о фин. лизингу као продају са оброчним отплатама цене како је одређено у ЗОО, чл. 550, ст. 1.

40 Уколико лице (према овим становиштима) не исплати све уговорене лизинг накнаде, биће дужно да врати предмет лизинга, а сматраће се да је међу њима постојао само уговор о закупу. Привредни апелациони суд је навео како се правна природа уговора о финансијском лизингу може третирати као неправи закуп. Вид. пресуду Привредног апелационог суда, Пж.9049/11 од 2.2.2012. године.

ма уговора о финансијском лизингу,⁴¹ што је, чини се, одраз историјске окренутости ка закупу као и великог утицаја међународних инструмената који регулишу ову област.⁴² Важно је напоменути, да се чини како у пореском смислу дилеме нема и да је уговор о оперативном лизингу третиран као закуп.⁴³

Уговор о закупу, према ЗОО, јесте уговор којим се обавезује закуподавац да преда одређену ствар на употребу, а овај се обавезује да му за то плаћа одређену закупнину.⁴⁴ Дакле, основна обавеза закуподавца је предаја ствари (на уживање и употребу), а основна обавеза закупца јесте плаћање закупнине.⁴⁵ Постоје одређени елементи уговора о закупу који могу навести на закључак како оперативни лизинг није уговор о закупу. Пре свега, ЗОО одржавање и оправку предмета закупа предвиђа као обавезу закуподавца,⁴⁶ док се у Општим условима пословања даваоца лизинга ова обавеза предвиђа на страни корисника лизинга.⁴⁷ Наиме, ова разлика је ирелевантна ако узмемо у обзир да су одредбе овог члана ЗОО диспозитивне природе и важе само ако, вољом уговорних страна, није

41 Закон о финансијском лизингу, *Службени гласник РС*, бр. 55/2003, 61/2005, 31/2011, 99/2011, чл. 2, ст. 1.

42 Чини се да је овакво становиште погрешно, јер никако се не може игнорисати трећа страна ове правне конструкције, узевши у обзир да је број учесника у правном послу главно мерило разграничења оперативног и финансијског лизинга. Такође, уколико испоручилац не зна да се набавља ствар да би се дала примаоцу лизинга као извршење уговора о лизингу, онда тај уговор између даваоца лизинга и примаоца лизинга није ништа друго до обичан закуп или купопродаја.

43 У Немачкој правној теорији већи значај утврђивања правне природе поставља се код утврђивања фискалних обавеза, него у трговинском и облигационом праву. Немачки порески прописи предвиђају да без обзира што власништво на одређеној ствари припада по правилима грађанског и пореског права једном лицу, у сврху опорезивања сматраће се да се иста ствар налази у имовини другог лица, уколико је он економски експлоатише. Вид. Д. Косић, 80, 81. - Овакав став потврђују многобројна мишљења Министарства финансија Републике Србије (мишљење бр. 413-00-2233/2005-04 од 17.11.2005. године, 413-00-31/12-05-04 од 18.03.2005. године, 01/3 број Д-13447/4 од 5.12.2005. године, 413-00-1681/2007-04 од 4.10.2007. године, 0-11-00-00008/2013-04 од 25.10.2013. године). У мишљењу Министарства финансија бр. 413-00-1432/2007-04 од 4.10.2007. године наводи се „[...] у складу са наведеним законским одредбама (чл. 4. и чл. 5. Закона о порезу на додатну вредност), предаја добара на употребу и коришћење на основу уговора о лизингу којим није предвиђен откуп предмета лизинга сматра се услугом давања у закуп предмета лизинга, која је предмет опорезивања ПДВ[...]“

44 ЗОО, чл. 567, ст. 1.

45 Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, 1035.

46 ЗОО, чл. 570.

47 Доступно на адреси:http://www.porscheleasing.rs/files/rs/element/file_download/754.pdf, 13.12.2015.

другачије уговорено.⁴⁸ Даље, код оперативног лизинга ризик случајне пропасти се не преноси на примаоца лизинга, већ остаје на даваоцу лизинга,⁴⁹ баш као и код закупа.⁵⁰ Закуп може бити уговорен на одређено или на неодређено време сходно вољи уговорних страна,⁵¹ док је пракса финансијских институција које се баве давањем предмета лизинга у лизинг да овај уговор закључују на одређено време,⁵² што не искључује могућност закључења оваквог уговора и на неодређено време.⁵³ И уговор о закупу и уговор о оперативном лизингу уколико су закључени на одређено време могу, изузетно, престати отказом и пре истека уговореног периода, само из тачно одређених разлога.⁵⁴ Уговор о оперативном лизингу је закључен са краћим роком трајања у односу на век амортизације опреме и са ценом лизинга која се највише приближава закупнини.⁵⁵ Најзад, након престанка овог уговора, прималац лизинга је дужан да врати предмет лизинга у исправном стању, са степеном искоришћености који се може очекивати према нормалним и уобичајеним околностима употребе,⁵⁶ а закупца је дужан да ствар која је била предмет уговора о закупу врати неоштећену и не одговара за нормално хабање ствари употребом.⁵⁷

48 С. Перовић, 1043. Овакво становиште је потврђено и у судској пракси. Вид. пресуду Вишег трговинског суда у Београду, Пж. 212/2009(3) од 5.2.2009. године.

49 Тачно је да Закон о финансијском лизингу у чл. 32. Прописује да ризик за случајну пропаст или оштећење предмета лизинга сноси прималац лизинга, али то важи искључиво ако су испуњени услови за примену овог закона, што овде, свакако, није случај.

50 ЗОО, чл. 579.

51 ЗОО, чл. 595, 597.

52 Доступно на адреси: http://www.porscheleasing.rs/files/rs/element/file_download/754.pdf, 9.12.2015.

53 По правилу ово неће бити случај, а све из разлога неизвесности поводом дужине трајања - оваквог уговора

54 С. Перовић, 1075. Општим условима пословања је ближе одређено које су то ситуације у којима давалац лизинга може једностраном изјавом воље да одузме дејство важећем уговору, доступно на интернет адреси: http://www.porscheleasing.rs/files/rs/element/file_download/754.pdf, 9.12.2012.

55 Сматра се да се код оперативног лизинга не урачунава пуна амортизација, јер давалац лизинга сноси ризик случајне пропасти или застарелости предмета лизинга, плаћа трошкове такси и осигурања. Вид. Д. Косић, 140-141. Исто тако и G. Mohamedien, 121.

56 Доступно на адреси: http://www.porscheleasing.rs/files/rs/element/file_download/754.pdf, 9.12.2012. Пошто давалац лизинга очекује да поврати предмет лизинга, док још траје његов корисни економски век, он ће, логично, бити заинтересован да прими предмет лизинга у исправном стању. Вид. Donal Patrick Hanley, *Aircraft Operating Leasing: A Legal and Practical Analysis in the Context of Public and Private International Air Law*, Leiden, 2011, 20.

57 ЗОО, чл. 585; С. Перовић, 1058.

Према другом становишту, уговор о оперативном лизингу се сматра неименованим уговором.⁵⁸ Неименовани уговори пружају странкама пуну могућност остваривања аутономије воље и уговорне стране се могу споразумети о најразноврснијим облицима престација и тако прилагодити своја права и обавезе специфичностима конкретних околности, а уговорне стране то могу постићи било комбиновањем престација постојећих прописима предвиђених уговора, или стварањем нових до тада непознатих престација, а све у границама јавног поретка у сваком конкретном праву.⁵⁹ Ако би се прихватила оваква концепција то би значило да се на уговор о оперативном лизингу могу применити одредбе уговора о закупу из ЗОО, али само у оној мери у којој уговорна права и обавезе нису регулисана самим уговором. Овакво поимање правне природе овог уговора је ближе даваоцима лизинга, с обзиром да уколико је нека област регулисана законом, закон прописује бар неке минималне одредбе које штите корисника лизинга, док би, у супротном, као главни извор права фигурирала Општи услови пословања лизинг компанија, што им даје већу слободу уређивања уговорних односа. Оваква ситуација није погодна за корисника лизинга узевши у обзир да Опште услове пословања једнострано саставља лизинг компанија, као економски јача уговорна страна, а на кориснику лизинга је само да одлучи хоће ли их прихватити или не.

Из свега наведеног, закључује се да је уговор о оперативном лизингу именован уговор, који је уређен одредбама ЗОО које се односе на уговор о закупу, Општим узансама трговинског права и Општим условима пословања лизинг компанија, а у случају да је корисник лизинга физичко лице и Законом о заштити потрошача.⁶⁰ Чини се да је неоправдано неки уговор називати неименованим уколико суштински он представља већ постојећи, регулисани, уговор.

IV Утицај рачуноводствених стандарда на уговор о оперативном лизингу

Ова тема је врло актуелна у странијој литератури, поготово узимајући у обзир да се тренутно ради на хармонизацији два највећа рачуноводствена стандарда МРС и ФРС, а једна од области која ће бити уједначена

58 Подела уговора на именоване и неименоване уговоре дело је правне науке, а критеријум поделе јесте да ли је неки уговор законом регулисан.

59 Оливер Антић, „Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.1-2/2004, 84.

60 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014.

јесте област лизинга.⁶¹ У суштини, цела проблематика се своди на питање да ли лизинг треба да се појављује у билансима корисника лизинга, односно да ли треба капитализовати оперативни лизинг.⁶² Највећа критика упућена томе што се оперативни лизинг не приказује у билансима у пословним књигама корисника лизинга, састоји се у томе што се на тај начин може побољшати слика привредног друштва,⁶³ а не треба сметнути са ума да је оперативни лизинг за велики број компанија, највећи тип ванбилансних трансакција и један од највећих извора корпоративног финансирања.⁶⁴ Са друге стране, постоје теоретичари који сматрају да је за кредитно тржиште мање важно захтевати капитализацију оперативног лизинга, јер учесници у послу лизинга то чине самостално, било директно или индиректно, путем процене кредитне способности.⁶⁵ Ово питање може бити од великог значаја приликом доношења одлуке, од стране корисника лизинга, да ли ће се одлучити за оперативни лизинг или неки други вид прибављања капитала.⁶⁶

Одређени теоретичари и практичари су изразили забринутост у погледу све веће примене оперативног лизинга, а све из бојазни да је такво понашање мотивисано постојећим рачуноводственим стандардима, који дозвољавају фирмама да се понашају опортунистички.⁶⁷ Из тог разлога се на светском плану ради на све већој и потпунијој регулативи ванбилансних трансакција, а посебно трансакција из уговора о оперативном лизингу, што је, чини се донело успеха, те се као резултат ових рачуноводствених регулисања, последњих година велики број компанија у САД-у одлучило да ревидира своје пословне књиге и прикаже лизинг више у складу са стварним економским стањем, а мање базирано на жељеном финансијском извештају.⁶⁸

61 Доступно на адреси: <http://www.iasplus.com/en/projects>, 21.12.2015.

62 Dan Dhaliwal, Hye Seung (Grace) Lee, Monica Neamtiu, „The impact of operating leases on firm financial and operating risk“, *Journal of Accounting, Auditing & Finance*, бр. 2/2011, 152.

63 D. Dhaliwal, H. S. Lee, M. Neamtiu, 152.

64 Процењује се да су, отприлике, 63% од свих корисника у САД-у корисници оперативног лизинга. Вид. D. Dhaliwal, H. S. Lee, M. Neamtiu, 151.

65 Jennifer Altamuro, Rick Johnston, Shailendra (Shail) Pandit, Haiwen (Helen) Zhang, „Operating Leases and Credit Assessments“, *Contemporary Accounting Research*, бр. 2/2014, 576.

66 Јер, корисник лизинга се рационално понаша једино ако тежи максимизацији профита и минимизацији губитака.

67 J. Altamuro, R. Johnston, S. Pandit, H. Zhang, 574.

68 D. Dhaliwal, H. S. Lee, M. Neamtiu, 153.

Под постојећим рачуноводственим стандардима финансијски и оперативни лизинг се третирају другачије, јер је финансијски лизинг суштински сличан продаји, док је оперативни лизинг суштински сличан закупу.⁶⁹ У МРС 17 се наводи да је лизинг одређен као финансијски лизинг ако суштински преноси све ризике и користи повезане са власништвом на корисника лизинга, док се лизинг сматра оперативним лизингом уколико то не чини.⁷⁰ Да би се нека трансакција могла подвести под продајни третман, у смислу ФРС 14, имовина мора бити изван домаћаја његових поверилаца.⁷¹ Оперативним лизингом у смислу ФРС 14 сматра се онај лизинг који суштински не преноси ризике и користи повезане са власништвом.⁷² Последњих година се предлаже нови рачуноводствени концепт, право употребе, по којем би и оперативни и финансијски лизинг били капитализовани на самом почетку, и самим тим били приказани у билансима корисника лизинга.⁷³

То како ће се оперативни лизинг третирати у рачуноводственом смислу, зависи искључиво од постојеће правне регулативе а правни субјекти се само прилагођавају датом правном режиму.⁷⁴ Тако, у нашем праву, Закон о порезу на додатну вредност⁷⁵ ни у једном члану не упућује на примену одредаба МРС 17, те се не могу примењивати квалификације уговора о финансијском лизингу изражене у МРС 17 већ искључиво у Закону о финансијском лизингу.⁷⁶ Порески и судски органи се могу руково-

69 J. Altamuro, R. Johnston, S. Pandit, H. Zhang, 551.

70 И стога корисници лизинга оперативни лизинг виде као повољнији уговорни однос у којем су изложени мањим ризицима власништва или чак нису изложени никаквим ризицима везаним за власништво. Вид. D. Dhaliwal, H. S. Lee, M. Neamtiu, 193.

71 Овакав приступ омогућава имовини којој је сврха обезбеђење, као што је лизинг, да буде лако подвргнута ванбилансном третману. Више о томе вид. Peter Jeffrey, „International harmonization of accounting standards, and the question of off-balance sheet treatment“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, бр. 2/2002, 342.

72 A. Eisfeldt, A. Rampini, 1626.

73 J. Altamuro, R. Johnston, S. Pandit, H. Zhang, 551.

74 D. Dhaliwal, H. S. Lee, M. Neamtiu, 153.

75 Закон о порезу на додатну вредност – Закон о ПДВ, *Службени гласник РС*, бр. 80/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 68/14, 142/14, 83/15.

76 Разликују се дефиниције финансијског лизинга у МРС 17, пар. 4, и оне дате у Закону о финансијском лизингу. Такође, критеријуми за разграничење између финансијског лизинга и оперативног лизинга дефинисани у МРС 17, пар. 8. и МРС 17, пар. 10. су различити од оних у Закону о финансијском лизингу, односно одредби ЗОО које се могу применити на оперативни лизинг или закуп. Последица тога је да се један те исти правни посао може сматрати финансијским лизингом по Закону о финансијском лизингу, али не и према МРС 17, и обрнуто.

дети МРС 17 само у оној мери у којој су у складу са постојећим правним поретком, јер МРС 17 није правни пропис и не прописује јасна, прецизна и недвосмислена права и обавезе, већ је његова сврха да пропише одговарајућу рачуноводствену политику и објављивања код давалаца лизинга и корисника лизинга.⁷⁷

Наиме, промет добара у складу са чл. 4, ст. 1. Закона о ПДВ је пренос права располагања на телесним стварима лицу које тим добрима може располагати као власник, а на основу чл. 4, ст. 3. Закона о ПДВ прометом добара сматра се и предаја добара по основу уговора о лизингу, којим је утврђено да се право располагања преноси најкасније отплатом последње рате.⁷⁸ У свим осталим случајевима ради се о промету услуга у смислу чл. 5. Закона о ПДВ.⁷⁹

V Закључак

У претходном излагању су приказане многобројне предности које лизинг има за уговорне стране, али лизинг може да има много већи утицај, и то не само на уговорне стране, већ и на целокупну привреду једне земље.⁸⁰ Наиме, уколико правни субјекти користе најмодернију технологију они ће, самим тим, бити конкурентнији на тржишту и остваривати већу добит, подстицаће друге учеснике на тржишту да и они прибаве најновију опрему како би могли да опстану, отвараће се нова радна места. Речју, привреда једне земље ће се развијати. Лизинг, такође, можемо посматрати као средство за укључивање у светску привреду, тако што ће се најновија опрема, која је неретко јако скупа, прибављати путем лизинга.⁸¹ Лизинг посматран из овог аспекта је посебно битан за државе које су у периоду транзиције, као што је наша земља, у којој се и даље заостаје за светском привредом.

77 Више о томе видети на адреси: <http://www.iasplus.com/en/standards/ias/ias17>, 19.12.2015.

78 У смислу ове одредбе може се тумачити да чак ни модалитет финансијског лизинга без права откупа, не представља промет добара већ услуга, узимајући у обзир да се власништво код финансијског лизинга не преноси аутоматски већ је потребно да је уговорена опција примаоца лизинга да предмет лизинга откупи по унапред одређеној цени, о чему прималац лизинга мора обавестити даваоца лизинга. Вид. Закон о финансијском лизингу, чл. 42.

79 Овакав став потврђују многобројна мишљења Министарства финансија Републике Србије (мишљење бр. 413-00-2233/2005-04 од 17.11.2005. године, 413-00-31/12-05-04 од 18.03.2005. године, 01/3 број Д-13447/4 од 5.12.2005. године, 413-00-1681/2007-04 од 4.10.2007. године, 011-00-00008/2013-04 од 25.10.2013. године).

80 G. Mohamedien, 115.

81 Д. Косић, 12.

Оперативни лизинг је доживео невероватну експанзију, како у свету, тако и у региону, и то у најразличитијим делатностима. Наиме, више од једне четвртине трансакција при куповини нових аутомобила у 2014. години су биле део лизинг посла, и проценат нових возила узетих под уговором о лизингу је у константном порасту,⁸² у САД-у је више од 60% возова у власништву лизинг компанија, и тај број расте.⁸³ Даље, процена је да ће, на пример, до 2025. године у Северној Америци 28%, а у Европи 30%, целокупне електронске опреме за тестирање бити под оперативним лизингом,⁸⁴ и слично. До оваквог пораста корисника оперативног лизинга долази и због (р)еволуције у схватањима корисника лизинга, при чему се јавља једна нова генерација корисника лизинга који нису заинтересовани за идеју о сопственом власништву.⁸⁵ Ови корисници лизинга се воде логиком да уколико плаћају амортизацију предмета лизинга само за период важења уговора о лизингу, њихове исплате ће бити мање него да су финансирали целокупну цену предмета лизинга. Да ли ће оперативни лизинг бити посматран као краткорочни, средњорочни или дугорочни закуп зависи од развијености секундарног тржишта на које лизинг компанија пласира предмет лизинга.⁸⁶ Наиме, превасходно је предмет оперативног лизинга намењен за употребу од стране више различитих корисника лизинга, на краће временске периоде, али како је тржиште слабије и економска моћ правних субјеката у једној држави опада, а секундарно тржиште није довољно развијено, тако се лизинг компаније

82 Jessica Anderson, „When leasing makes sense?“, *Kiplinger's Personal Finance Magazine*, бр. 2/2015, 70.

83 „Operating leasing, today and tomorrow“, *Railway Age*, бр. 6/2009, 34-37, доступно на адреси: <http://eds.b.ebscohost.com.proxy.kobson.nb.rs:2048/eds/detail/detail?sid=ada7a73c-d6d3-4c4b-932d-bacc1fd037a3%40sessionmgr114&vid=0&hid=111&bda-ta=JnNpdGU9ZWRzLWxpdmU%3d#AN=42745354&db=f5h>, 20.12.2015.

84 J. Cavazos, 42.

85 Купци (условно речено) нових аутомобила се могу поделити у две групе, на оне који купују и на оне који узимају аутомобиле у лизинг. Први воле да знају да поседују аутомобил, да је он њихово власништво, док други воле флексибилност коју им доноси лизинг приликом сталне замене старог предмета лизинга за нови. Више о томе вид. J. Anderson, 70. Иако је лизинг, у почетку, посматран искључиво као средство финансирања оних правних субјеката који не могу у једном маху да исплате цену предмета лизинга, данас то више није. Вид. D. P. Hanley, 23.

86 Највећи проблем, према речима *Jack Thomas*-а, директора *First Union Rail*-а (једног од највећих северноамеричких даваоца лизинга), јесте успешно проценити хоће ли у будућности бити секундарног тржишта за предмет лизинга. Вид. Anthony Kruglinki, „Operating leasing from the inside out“, *Railway Age*, бр. 6/2012.

све више окрећу оперативном лизингу као дугорочном закупу.⁸⁷ Оваквa *ratio* се може применити и на домаће тржиште, где се лизинг посматра, у највећем броју случајева као дугорочни закуп.⁸⁸ У домаћој пословној пракси се иде корак даље, па се након истека уговора о оперативном лизингу, током којег је, практично, исплаћена целокупна цена предмета лизинга, предмет лизинга враћа даваоцу лизинга и он, истог дана, закључује уговор о продаји са неким трећим лицем,⁸⁹ које, непосредно након тога, закључује уговор о продаји са поменутиm корисником лизинга. Као главни недостатак наведене праксе лизинг компанија можемо навести незаштићеност интереса корисника лизинга, будући да мора да се поузда у даваоца лизинга да ће му пренети својину истеком уговора о оперативном лизингу.⁹⁰ Оваква пракса, иако се теоријски може расправљати о њеној исправности и томе да ли њоме уговор о оперативном лизингу губи свој смисао, не коси се са постојећим правним прописима.⁹¹

У нашем праву не постоји јединствен став о правној природи оперативног лизинга. Уколико је неки правни посао нов, тек створен пословном праксом, покушава се или да се подведе под неки постојећи (именовани) уговор или да се на њега примене општа правила ЗОО која важе за неименоване уговоре. Наша правна пракса се још није довољно развила да би се са сигурношћу тврдило да је исправно класификовати га на одређен начин, иако постоје јасне индиције да га она посматра као уговор о закупу, а недостатак правне регулативе се може тумачити и као став законодавца да није потребно регулисати овај уговор на неки специфичан начин, с обзиром да је већ регулисан одредбама ЗОО које се односе на уговор о закупу. Додатни проблеми се у пракси појављују јер се уго-

87 „Operating leasing, today and tomorrow“, *Railway Age*, бр. 6/2009, 34-37, доступно на адреси: <http://eds.b.ebscohost.com.proxy.kobson.nb.rs:2048/eds/detail/detail?sid=ada7a73c-d6d3-4c4b-932d-bacc1fd037a3%40sessionmgr114&vid=0&hid=111&bdata=jnNpdGU9ZWRzLWxpdmU%3d#AN=42745354&db=f5h>, 20.12.2015.

88 Друштвено-економска ситуација у нашој држави је таква да правни субјекти нису у могућности да, релативно често, мењају предмет лизинга новим.

89 Најчешће је то произвођач опреме, односно увозник исте.

90 Ипак, не треба заборавити да су лизинг компаније озбиљне финансијске институције којима није у интересу да наруше своју репутацију. Једно од решења, у сврху обезбеђења корисника лизинга, би могло бити уговарање права прече куповине у корист корисника лизинга, у уговору закљученом између даваоца лизинга и трећег лица.

91 У ЗОО не постоје одредбе које забрањују закуподавцу да предмет закупа по истеку уговора о закупу прода било којем трећем лицу по сопственом нахођењу. Право на имовину, односно својину, је уставом зајамчено право, које се може ограничити само законом.

вор о оперативном лизингу не региструје⁹² и не потпада под контролу Народне банке Србије,⁹³ којом би се обезбеђивала макар минимална заштита корисника лизинга, и најзад, постојање велике слободе даваоца лизинга да једнострано уреди уговорни однос, путем Општих услова пословања. То што не подлеже контроли Народне Банке Србије довело је до ситуација да уговор о оперативном лизингу махом није реализован до краја, јер су овакви уговори одобравани без адекватне провере бонитета правних субјеката који су закључивали уговор о оперативном лизингу и са минимумом формалности,⁹⁴ што је довело до проблема у пракси приликом извршења на предмету лизинга.⁹⁵ Неуређен правни режим доводи до велике правне несигурности, што даље доводи до тога да је овакав посао ризичан, а самим тим и скупљи, јер ће се, најчешће, такве трансакције осигуравати на велике износе, што ће бити урачунато у лизинг цену,⁹⁶ и деловати дестимулативно на потенцијалне кориснике лизинга. Са друге стране посматрано, лизинг је погодан у земљама, као што је наша, где су лоши дужничко-поверилачки односи, који се махом решавају судским путем, јер давалац лизинга има излучно право на предмету лизинга, пошто је он његов власник.⁹⁷ Ако узмемо у обзир да је пораст корисника оперативног лизинга у свету огроман, јасно је да ће се о овом правном послу у нашој земљи тек говорити. Прве кораке ка томе је најавила Комисија за израду Грађанског законика, која је изразила став да лизинг представља посао од све већег значаја, нарочито за земље у транзицији, а очекује се да Грађанским закоником Републике Србије буде регулисан оперативни лизинг.⁹⁸

92 Стога, не важи необорива правна претпоставка да су сва трећа лица упозната са постојањем уговора о оперативном лизингу.

93 Више о овоме видети на адреси: http://www.nbs.rs/edukacija/cirilica/20/lizing/finansijski_i_operativni_lizing.html, 10.12.2015.

94 Генерално, банке се више баве проценом бонитета код кредитирања, него што то раде даваоци лизинга код оперативног лизинга (и лизинга уопште). Вид. J. Altamuro, R. Johnston, S. Pandit, H. Zhang, 576. Формалност оваквих уговора је установљена, пре свега, у интересу корисника лизинга.

95 Вероватноћа од наступања овакве ситуације је већа уколико је предмет лизинга, на пример, аутомобил, који је изузетно мобилан.

96 Интерес даваоца лизинга је да реализује до краја овај уговор и да наплати ангажовану опрему и оствари оплодњу капитала, а то подразумева правну сигурност и уређен правни режим. Вид. Д. Косић, 15.

97 Д. Косић, 88.

98 Из извештаја Комисије за израду Грађанског законика Републике Србије, са отвореним питањима, *Правни живот*, бр 11/07.

Hristina VOJVODIĆ

Student at the Faculty of Law University of Belgrade

DEFICIENCY OF REGULATIONS OF OPERATING LEASING IN THE SERBIAN LAW

Summary

In this paper the author analyzes the contentious question about the legal nature of operating leasing, emphasizing two most important standpoints. One, in which operating leasing is comprehended as classic rent or a specific form of rent, and another that aligns this contract into non regulated contracts. The importance of this question was particularly indicated because operating leasing is not regulated in the Serbian law. At the end of the paper, the influence of operating leasing on the entire society and economy has been shown, and the consequences of the absence of a regulated legal system in this matter were pointed out.

Key words: *leasing, operating leasing, rent, non regulated contract, Law on Obligation.*

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

академик др *Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ*
редовни професор Правног факултета у Крагујевцу и у Бања Луци

ПОЈАМ И ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ СТРАНИХ ИНВЕСТИЦИЈА

Резиме

Анализа схватања која постоје у правној теорији и арбитражној пракси, показује да се појам инвестиција посматра као самосталан или аутономан појам и да са становишта надлежности ИКСИД арбитраже представља претходни услов надлежности. Међутим, без обзира на аутономност и на чињеницу да га државе уговорнице нису дефинисале приликом усвајања Вашингтонске конвенције, то не значи да произвољном дефиницијом могу ширити надлежност ИКСИД арбитражних трибунала. Ово због тога тога што појам инвестиција има „објективно значење” независно од диспозиције странака. Чини се да овај приступ преовладава у пракси ИКСИД арбитраже, али се мишљења арбитра различују око броја карактеристичних или битних елемената појма инвестиције. Ипак, без обзира да ли се као битни наводе три, четири или пет елемената, чини се да се тиме не сужава појам инвестиција, већ да се он широким и често нејасним тумачењем од стране арбитра неоправдано шири.

У сваком случају, може се констатовати да ни након 50 година од примене ИКСИД конвенције појам инвестиција не само што није на јединствен начин одређен, него је ово питање постало једно од најконтроверзнијих питања.

Кључне речи: *појам инвестиција, арбитража, стране директне инвестиције, надлежност, Међународни центар за решавање инвестиционих спорова.*

I Разлози за постављање питања

Према налазима до којих је у јесен 2014. године, дошла Истраживачка јединица часописа Економист (*The Economist Intelligence Unit*) и више невладиних организација као што су Хоган Ловелс (*Hogan Lovells*) Бингам Центар за владавину права и Форум за владавину права и инвестиционе уговоре (*Bingham Centre for the Rule of Law and the Investment Treaty Forum*) као непрофитно тело Британског Института за међународно и упоредно право (*the British Institute of International Comparative Law*), у свету се сваке године инвестира преко 1000 милијарди долара.¹ Према процени Организације за економску сарадњу и развој (ОЕЦД) у 2013. години директне прекограничне инвестиције су износиле више од 1300 милијарди долара.² Поређења ради, буџет ЕУ за период од 2014. до 2020. године, износи око 960 милијарди евра. У погледу начина инвестирања, статистика показује да се највише средстава инвестира кроз спајања и преузимања привредних друштава,³ а само мањи део кроз нове инвестиције.

Овако масивним инвестицијама свакако је, осим економских услова, допринела и чињеница да у постојећим изворима инвестиционог права не постоји једна или јединствена дефиниција страних директних инвестиција. У таквој ситуацији арбитражама и судовима је остављена

1 Вид. заједничку публикацију Hogan Lovells, Bingham Centre for The Rule of Law, British Institute of International and Comparative Law, *Risk and Return – Foreign Direct Investment and the Rule of Law*, 2015, 5.

2 За анализу утицаја и међузависности страних инвестиција и светске трговине у оквиру СТО је 1996. године на министарском састанку у Сингапуру основана посебна радна група, вид. на адресама: <http://www.intracen.org/worldtradenet/docs/information/referencemat/chap22.pdf>, 15.5.2016. и http://www.wto.org/english/news_e/pres96_e/pr057_e.htm, 15.5.2016. За конкретне статистичке податке за 2004. годину вид. UNCTAD's World Investment Report, 2004. на адреси: http://www.unctad.org/en/docs/wir2004overview_en.pdf, 15.5.2016. Према WIR 2004, највише су и дале и примиле директних инвестиција развијене земље: САД, ЕУ, Јапан и остале земље Западне Европе (у 2004. години су инвестирале 366 милијарди, а примиле су 560 милијарди долара. Земље централне и источне Европе су у истом периоду примиле 21, а инвестирале 7 милијарди долара. Извор: UNCTAD, WIR 2004, annex tables B.1 and B.2. Према подацима за 2014. годину, укупне инвестиције на светском нивоу су износиле 1,23 трилиона долара и пале су за 16% у односу на претходну годину. Вид. UNCTAD World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance, IX.

3 У 1999. години однос између инвестиција спајањем и преузимањем предузећа је био драстично у корист преузимања: само 3% је реализовано кроз прекогранична спајања. Интересантно је да је, у периоду од 1995. до 1999. године, готово четвртина свих средстава инвестирано у Кину, која је касније постала и извозница капитала, а да је 48 најмање развијених земаља примило само 1,8% од укупних инвестиција. У досадашњој пракси највећи извозници капитала су биле земље Европске уније, САД и Јапан, а од земаља у развоју Кина, Република Кореја, Малезија и Сингапур, Бразил, Аргентина и Чиле.

слобода да ужим или ширим тумачењем прошире или суже своју надлежност, а самим тим и да као стране директне инвестиције квалификују већи или мањи број трговачких послова.

Статистички подаци о броју спорова који су решавани пред арбитражама у последњих неколико деценија говоре у прилог тезе да су арбитражи били „широке руке” и врло либерални у одређивању овог појма⁴ и да постоји опасна тенденција ширења овог појма.⁵

О све већем значају инвестиција, а посебно, инвестиционих спорова, говори и чињеница да су након распада СФР Југославије остали нерешени бројни пословни односи о којима се у време закључивања није размишљало као инвестицијама, а посебно не као о страним инвестицијама. Реч је о ондашњим унутрашњим улагањима и другим дугорочним пословним односима између привредних субјекта из бивших југословенских република. Будући да неки од спорних односа нису решени ни након ступања на снагу Споразума о сукцесији, један број спорова је покренут пред међународним арбитражама, док се други најављују. Већ се и у покренутим споровима као једно од спорних поставило питање шта се сматра страним директним инвестицијама и да ли се конкретни спорови могу квалификовати као инвестициони спорови. Није потребно посебно истицати да ће од претходне квалификације спорних послова као страних инвестиција, или као класичних комерцијалних послова, зависити не само надлежни форум, већ и меродавно право, а самим тим и дужина трајања спора, пратећи трошкови и исход спора. У таквој ситуацији се, не само као теоријско, већ и као практично наметнуло низ питања из инвестиционог права, за чије је разумевање потребно кренути од питања „шта су инвестиције”, односно од њиховог терминолошког и појмовног опредељења.⁶ Имајући у виду такво стање, у раду је у првом делу дат преглед решења која у том погледу постоје у правној тео-

4 Вид. М. Станивуковић, „ICSID и двострани споразуми о заштити и унапређењу инвестиција Републике Србије”, *Liber Amicorum Добросав Митровић*, Београд, 2007, 584.

5 О тенденцији ширења овог појма вид. М. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, Cambridge, 2010, 10. М. Васиљевић, „Страна улагања у српску привреду и одговорност државе”, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (уредник В. Радовић), Београд, 2014, 11.

6 Тренутно су актуелни спорови између страна из бивших југословенских република у вези улагања која су вршена самоуправним споразумима и средствима фонда за развој недовољно развијених подручја у којима се као претходно поставља питање карактера таквих улагања: да ли је реч о „страним” улагањима и да ли таква улагања имају карактер страних директних инвестиција, од чијег решења зависи и надлежност ИКСИД арбитражног трибунала.

рији и изворима инвестиционог права. Други део је посвећен анализи арбитражне праксе, пре свега ИКСИД арбитражних трибунала.

II Терминолошке и појмовне дилеме

У етимолошком смислу, израз „инвестиција” је изведен из латинског језика од речи *investire*, и значи *обући се или оденути*. Инвеститор се налази у позицији онога који „облачи” предузеће капиталом у процесу инвестирања.⁷ Иако постоји уверење да стране инвестиције представљају савремени облик прекограничног кретања капитала, постоје мишљења да би њихове корене требало тражити у времену Византијских царева Базила и Константина из 991. године, кад су венецијанским трговцима дали право трговања у лукама и у другим местима у Византијском царству без плаћања царина као и право боравка у кварту Константинопоља, познато као *embolium*.⁸ Стицање и развијање таквих трговачких и боравањских квартава у Константинопољу сматрано је обликом страних директних инвестиција.

У општем језичком значењу, под инвестицијама се разуме „коришћење новца у сврхе стицања очекиваног профита”.⁹ У свакодневном говору се под инвестицијама разумеју две ствари: процес инвестирања или „облачења”, али и имовина која се улаже или инвестира¹⁰, као и она стечена инвестирањем. У том смислу се може говорити о давању и о примању инвестиција. Тако се под инвестицијама може разумети и процес куповине акција, али и саме акције, као резултат тог процеса.

Осим што у језичком смислу не постоји јединствено схватање, оно не постоји ни у правној теорији и постојећим изворима инвестиционог права.¹¹ Појам стране инвестиције се не може наћи ни у Конвенцији о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту Вашингтонска конвенција или само Конвенција) из 1965. го-

7 Вид. J. W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, OUP Oxford, 2013, 3.

8 *Ibid.*, 13; P. Fischer, „Some Recent Trends and Developments in the Law of Foreign Investments”, *Voelkerrecht, Recht der internationalen Organisationen, Weltwirtschaftsrecht: Festschrift fuer Ignaz Seidl-Hohenveldern* (eds. K. H. Boeckstiegel et al.), 1988, 97.

9 Вид. *The Oxford English Dictionary*, 2nd edition, 1989, Vol VIII 46. У Вујаклијином *Лексикону страних речи и израза*, Београд, 1980, 337, инвестиција је дефинисана као улагање капитала у неки уносан посао или уносно предузеће.

10 Вид. Закон о улагањима, *Службени гласник РС*, бр. 89/2015, чл. 3.

11 Вид. Dolzer-Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 1995, 25–31; Sacerdoti, „Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1997*, Tome 269, 305–310.

дине.¹² У раду се полази од енциклопедијске дефиниције према којој се под страним инвестицијама подразумева „трансфер средстава или материјала из једне земље (земља извозница капитала) у другу земљу (земља домаћина) у замену за директно или индиректно учешће у приходима тог предузећа”.¹³

III Појам инвестиција у изворима инвестиционог права

У ранијим изворима права, неким билатералним уговорима и у међународном обичајном праву, инвестиције се чак и не помињу под овим називом, већ су означене као „страна имовина”.¹⁴ И у Општем споразуму о царинама и трговини (ГАТТ) није направљена разлика између инвестиција и других облика својине и економских активности.¹⁵ Чак ни у Конвенцији о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, у којој представља централни институт,¹⁶ појам инвестиција није дефинисан. То се објашњава чињеницом да се инвестиције могу различито посматрати, зависно од предмета и сврхе¹⁷ или „историјског контекста”,¹⁸ па је државама уговорницама требало оставити слободу да својим пристанком да спор буде решен пред Центром, практично саме одреде оно што сматрају страном инвестицијом.¹⁹

У том смислу ваља разумети одредбе члана 25(3) Конвенције којима је предвиђено да је за надлежност Центра потребна сагласност или приста-нак саставног дела и органа државе уговорнице, као државе пријема капита-

12 Вид. Закон о ратификацији објављен у *Службеном листу СЦГ, Међународни уговори*, бр. 2/06. За Србију је ступила на снагу 8. јуна 2007. године.

13 *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 8, Amsterdam, New York: North-Holland Pub. Co., New York, 1985, 246.

14 *Ibid.*, 9.

15 Вид. Chester Brown and Kate Miles (eds), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, CUP, 2011, 44.

16 Вид. Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2009, 114, марг. бр. 113.

17 Вид. Chester Brown and Kate Miles (eds), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, CUP, 2011; D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, 3e édition, Dalloz, Paris, 2007, 403.

18 UNCTAD „Scope and Definition”, UNCTAD Series on issues in international investment agreements (1999) UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. II), 7. Доступно и на адреси: <http://unctad.org/en/Docs/psiteitd11v2.en.pdf>, 1.4. 2016. Вид. и C. Brown and K. Miles (eds), 43–45.

19 У овом смислу С. Н. Schreuer *et al.* упућују на расправу у: *History*, Vol. II, 491, 826, 831, 936, 956/7, која је вођена приликом усвајања Конвенције, стр. 82, марг. бр. 5. Вид. Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (18 March 1965), reproduced in ICSID, ICSID Convention, Regulation and Rules (ICSID/15/Rev.1, January 2003), 35, тач. 27.

ла, изузев ако та држава обавести Центар да није потребно одобрење.²⁰ Конвенцијом, међутим, није одређено у ком времену, где и у којој форми мора постојати пристанак. Није одређено ни да ли сагласност мора бити дата у једном или у више докумената. У пракси је као дозвољено, прихваћено решење да се пристанак на арбитражу може дати у форми компромисорне клаузуле и компромиса и да може бити садржан у једном или више докумената, у међудржавном споразуму, уговору између страног улагача и домаће државе, као и у унутрашњим законским или подзаконским прописима. У последњем случају, одредба унутрашњег прописа у коме је изражен пристанак на арбитражу се тумачи као понуда коју друга страна може да прихвати или на изричит начин или подношењем захтева за покретање арбитражног поступка (тужбе) пред ИКСИД арбитражом. Све док таква понуда није прихваћена од друге стране и није постигнута потпуна сагласност,²¹ држава може опозвати своју понуду – пристанак.²²

Међутим, пристанак обе стране на ИКСИД арбитражу не чини такав спор сам по себи инвестиционим, нити инвестицијом чини правни однос на који се односи.²³ У арбитражној пракси је искристалисан посебан (дупли) тест на основу кога арбитражи одлучују о својој надлежности из члана 25. Конвенције,²⁴ а тиме и о квалификацији спорног посла као инвестиције.²⁵

20 Вид. Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Doc. ICSID/2, 1 ICSID Reports, 1993, тач. 23–27, доступно на адреси: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf, 15.5.2016.

21 Отуда поједини аутори овај приступ означавају и као консензуални. Вид. М. Dekastros, „Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 14/2013, 286, 290–299, доступно на адреси: https://www.academia.edu/6617972/Portfolio_Investment_Reconceptualising_the_Notion_of_Investment_under_the_ICSID_Convention, 15.5.2016. Аутор на стр. 294, у напомени број 48, наводи попис арбитражних одлука у којима су арбитражи следили овај приступ.

22 Тако је неколико држава (Еквадор, Венецуела и Боливија) опозвало свој пристанак на ИКСИД арбитраже предвиђену Конвенцијом отказивањем Конвенције Вид. М. С. Porterfield, Aron Broches and the Withdrawal of Unilateral Offers of Consent to Investor-State Arbitration, доступно на <https://www.iisd.org/itn/2014/08/11/aron-broches-and-the-withdrawal-of-unilateral-offers-of-consent-to-investor-state-arbitration/>, 15.5.2016.

23 A. R. Williams, S. Foote, „Recent developments in the approach to identifying an 'investment' pursuant to Article 25(1) of the ICSID COntention”, *Evolution in investment treaty law and arbitration* (eds. Chester Brown and Kate Miles), CUP, 2011, 45.

24 *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/03/11), Одлука од 6. августа 2004, тач. 50. Вид. и Report of the Executive Directors, 1 ICSID Reports 28. коју наводи С. Н. Schreuer *et al.* 117, марг. бр. 122.

25 С. Н. Schreuer *et al.*, 117, као и одлуке донете у предметима *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3), Одлука на приговор туженога на надлежност од 21. окто-

1. Квалификација инвестиције према дуплом тесту

Према дуплом тесту,²⁶ арбитраи прво одлучују о постојању сагласности странака да спор буде изнет пред арбитражу, а након тога да ли се сагласност односи на активности које се сматрају инвестицијом. Као што је већ речено, сагласност може бити дата на три начина:²⁷ у арбитражном споразуму који чини дао уговора о улагању између страног улагача и државе или у посебно закљученом споразуму између ових страна;²⁸ у одредбама националних прописа, и у одредбама у двостраним или вишестраним уговорима којима су се државе уговорнице унапред подвргле надлежности Центра.

У пракси је постојање пристанка тумачено на различите начине, али углавном широко. Тако је у предмету *CSOB v Slovakia*, клаузулу "овај споразум је регулисан правом Чешке Републике и БИТ споразумом између Чешке и Словачке Републике", тужилац сматрао да тако формулисана клаузула упућује на сагласност на ИКСИД арбитражу, као арбитражу која је предвиђена у БИТ-у између Чешке и Словачке. Тужени је сматрао да је реч једино о клаузули о избору меродавног права. Без обзира што поменути БИТ никад није ступио на снагу, арбитраи су сматрали да околности под којима су уговорне стране закључиле конкретни споразум упућује на закључак да су стране имале намеру да инкорпоришу ИКСИД клаузулу из БИТа у свој споразум.²⁹

2. Решења у билатералним инвестиционим споразумима и домаћим изворима инвестиционог права

Код дефинисања страних инвестиција у осталим изворима могу се разликовати два приступа: капитално оријентисан и заштитно оријентисан. Према капитално оријентисаном приступу (енгл. *capital oriented*), инвестиције карактерише прекогранично кретање капитала и средстава, без обзира

бра 2005, тач. 278. *Malaysian Historical Salvors, Sdn, Bhd v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Одлука о надлежности од 17. маја 2007, тач. 55.

26 Вид. арбитражне одлуке донете у предметима *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 Мау 1999, тач. 68; *Joy Mining v. Egypt*, Award, 6 August 2004, тач. 42–50. Арбитражне одлуке у којима су други арбитражни трибунали прихватили двоструки тест С. Н. Schreuer *et al.*, наводе у напомени 155, 118.

27 М. Станивуковић 583, М. Васиљевић, 15.

28 У овом смислу ИКСИД Центар је саставио одговарајућу модел клаузулу. Вид. на адреси: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?actionVal=ModelClauses&requestType=ICSIDDocRH>, 15.5.2016.

29 О широком тумачењу на овај начин дате сагласности, детаљно у С. Н. Schreuer *et al.*, 195, марг. бр. 390/392.

да ли се кретање врши са циљем остваривања контроле или је у питању слободно кретање капитала. Овакав приступ карактерише широко схватање предмета или онога у чему се може састојати „инвестиција”, тако да обухвати сваку врсту вредности, при чему сврха кретања није од пресудног значаја. Сврха кретања (инвестирања) опредељује *врсту* инвестиција, као директне или портфолио, али и једне и друге улазе у појам инвестиција.³⁰

Заштитно оријентисан приступ (енгл. *protection-oriented*) истиче заштиту страних инвестиција као основну карактеристику, па се инвестиције дефинишу на широк и обухватан начин тако да обухватају не само кретање капитала (новчаних средстава), већ и друге бројне облике имовине предузећа, као што су својина и својинска права, зајмови, па чак и уговорна права и права на основу административних мера и акција, као што су лиценце и друге врсте дозвола.

Широко схватање појма инвестиција је прихваћено и неким националним и регионалним изворима инвестиционог права. Тако се у АСЕ-АН Споразуму о промовисању и заштити инвестиција под инвестицијом разуме „свака врста имовине”, односно свака врста економске вредности без било каквих ограничења. Под овако схваћеним инвестицијама изричито су наведене:³¹

1. покретна и непокретна имовина и друга имовинска права као што су залог и хипотеке, али и земљиште;
2. акције и обвезнице предузећа или заштићени интереси у имовини таквих компанија;
3. потраживања у новцу или свако друго извршење уговора које има финансијску вредност. У ову категорију спадају, на пример, и споразуми о управљању (менаџменту), уговори о професионалним услугама, уговори кључ у руке, полисе осигурања;
4. права интелектуалне својине и *goodwill*;
5. дозволе пословања добијене на основу закона или уговора, укључујући и концесије за истраживање, вађење и коришћење природних богатстава (извора).

Према нацрту типског Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања Републике Србије,³² израз „улагање” означава

30 Вид. анекс А ОЕЦД Кодекса о либерализацији кретања капитала.

31 Вид. UNCTAD, *ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Vol. II, article 1(3), 1996, 294.

32 Доступно на адреси: <http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf>, 15.5.2016.

1) сваку врсту имовине коју улагач једне Стране Уговорнице стиче улагањем средстава на територији друге Стране Уговорнице, у складу са њеним законима и прописима и обухвата посебно, мада не и искључиво следеће облике имовине:

- (а) право својине на покретним стварима и непокретностима и друга стварна права, као што су хипотека, залога, јемство, плодоуживање и слична права;
- (б) акције, обвезнице, као и друге врсте хартија од вредности са правом учешћа;
- (в) новчана потраживања по основу уговора о кредиту који је дат привредном друштву са роком доспећа од пет или више година, уколико имају природу подређених потраживања, осим кредита датом привредном друштву у државној својини;
- (г) права интелектуалне својине, (као што су ауторска права и остала сродна права, патенти, индустријски дизајн или модели, трговачки знаци), као и право на *goodwill*, техничке процесе и *know how*;
- (д) концесије стечене у складу са законима и прописима Стране Уговорнице на чијој територији се врши улагање, укључујући концесије за истраживање, вађење и коришћење природних богатстава.

У *домаћем праву*, појам директних инвестиција је одређен Законом о девизном пословању³³ и Законом о улагањима. Закон о девизном пословању дефинише директне инвестиције као улагања резидента у иностранству и нерезидента у земљи у правно лице са циљем да се укључи у управљање пословима тог лица.

Под улагањем се сматра:

- 1. оснивање правног лица, огранка или представништва;
- 2. куповина удела или акција у капиталу правног лица, докапитализација правног лица, као и
- 3. докапитализација правног лица као и сваки други облик улагања којим улагач стиче најмање 10% учешћа у основном капиталу, од-

33 Службени гласник РС, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014. Појам улагања је одређен и у чл. 2 већ поменутог Закона о улагањима. С обзиром на то да је Закон донет после Закона о девизном пословању, логично је било очекивати да ће својим одредбама или регулисати она питања која нису регулисана постојећим прописима или појаснити оно што је у њима нејасно. Чини се да Закон није испунио ни једно ни друго очекивање. Уместо тога, у Закону су дефинисани исти појмови који су већ били одређени у Закону о девизном пословању, али не на једноставнији, већ на компликованији и збуњујући начин.

носно најмање 10% гласачких права, у року не дужем од годину дана од дана првог улагања у то правно лице у случају сукцесивних улагања (ради достизања прага од 10%).

Под улагањем се сматрају и кредити и зајмови са роком доспећа од пет година или дужим уколико имају природу подређеног потраживања (субординирани кредити и зајмови).

Према одредбама члана 3(2) Закона о улагањима, улагање јесте:

- (а) привредно друштво или огранак привредног друштва које је основао улагач, у складу са законом којим се уређују привредна друштва у Републици Србији;
- (б) удео у привредном друштву, акције друштва или друге хартије од вредности еквивалентне акцијама друштва у смислу закона којим се уређује тржиште капитала у Републици Србији;
- (в) права која је улагач стекао на основу уговора о јавно-приватном партнерству у складу са законом којим се уређује јавно-приватно партнерство у Републици Србији;
- (г) права својине, службености, залогe и друга стварна права на покретним стварима и непокретностима које се налазе на територији Републике Србије која је улагач стекао за потребе обављања делатности;
- (д) права интелектуалне својине, која имају заштиту по важећем праву Републике Србије;
- (ђ) права на обављање делатности која се обавља на основу дозволе или одобрења државног органа, стечених у циљу обављања делатности улагача на територији Републике Србије, у складу са законом;

3) *страно улагање* је улагање страног улагача. Промена правног облика у којем се врши улагање, не утиче на његов карактер страног улагања, када је таква промена извршена у складу са законом;

4) улагач јесте правно или физичко лице које је уложило капитал, као и лице које је стекло улагање из тачке 2) овог члана, на територији Републике Србије, у складу са законом.

Остављајући по страни језичке недоследности јер се не прави разлика између радње и резултата радње и објекта на који је усмерена радња инвестирања,³⁴ није јасно ни због чега је било потребно у Закону о улага-

34 Тешко се може разумети да „улагање јесте ... привредно друштво...” Ако се прави логичка разлика између радње и резултата радње, размљиво је да се улагање или инвестирање може

њима дефинисати оне појмове који су већ дефинисани и Закону о девизном пословању.

IV Појам инвестиција у пракси ИКСИД арбитражних трибунала

У почетном периоду питање појма инвестиције и инвестиционог спора није постављено као спорно пред арбитра. У недостатку јединствене и објективне дефиниције, државе чланице су саме одређивале шта сматрају инвестицијом и инвестиционим спором и такве спорове су износили пред ИКСИД арбитражу, док су арбитраи овај појма одређивали према сопственој интуицији.³⁵ Питање објективне анализе општег појма инвестиције је први пут постављено у предмету *Fedax N. 1. v. The Republic of Venezuela*,³⁶ у коме су арбитраи заузели став да и улагање у хартије од вредности може представљати портфолио инвестицију у смислу Конвенције. Арбитраи ће касније, у предмету *Salini et al. v. Morocco*,³⁷ из 2001. године, дефинисати четворострани тест на основу кога ће одређивати појам инвестиције.³⁸ Према тзв. „Салини” тесту, инвестицију одликује: страном улагање одређеног трајања, постојање ризика на страни инвеститора и државе пријема капитала, значајно ангажовање средстава инвеститора и допринос економском развоју домаће државе.³⁹

Без обзира на одређена одступања и замерке које се на предложене карактеристике из „Салини” теста, могу наћи у теорији⁴⁰ и арбитражној пракси, чини се да објективно дефинисање страних директних инвестиција мора узети у обзир у њему наведене елементе.

обавити у привредно друштво, или да привредно друштво може настати као резултат улагања, али је тешко разумети да је „улагање привредно друштво”.

35 Вид. E. Gaillard, „Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice”, *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer* (eds. C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich), Oxford University Press, Oxford 2009, 407–410.

36 *Fedax N.V. v. Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3), Award on Jurisdiction, 11 July 1997.

37 *Salini et al. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, 152 (Jul. 23, 2001), 42 I.L.M. 609 (2003). У питању је била инвестиција у изградњу аутопута.

38 Alex Grabowski, „The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 15, No. 1/2014, Article 13, 290. Доступно на адреси: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/13>, 15.5.2016.

39 *Salini et al. v. Kingdom of Morocco*, тач. 52.

40 S. Manciaux, „The Notion of Investment: New Controversies”, *The Journal of World Investment & Trade*, 11. наводи да постоје и аутори који осим улога, сматрају да су остала три захтева спорна. Вид. и A. Martin, „Definition of 'Investment': Could a Persistent Objector to the Salini Tests be Found in ICSID Arbitral Practice?”, *Global Jurist*, Vol. 11, No. 2/2011, Article 3, 14. и даље. Доступно на адреси: <http://www.bepress.com/gj/vol11/iss2/art3>.

1. Улог, дуже трајање и ризик као елементи инвестиција

Улог или значајно ангажовање средстава инвеститора се у суштини своди на питање шта се третира као страни улог и у ком обиму мора постојати. У генералном смислу, улог или „инвестиција” се може састојати у доприносу у новцу, стварима и правима.⁴¹

Осим кретања новчаног капитала, међународно или прекогранично кретања инвестиција укључује и трансфер покретне или непокретне имовине из једне у другу државу у циљу да у тој држави буде искоришћен ради стварања богатства под потпуном или делимичном контролом инвеститора.⁴² У том смислу појам страних инвестиција обухвата и трансфер физичке својине, као што су: опрема, плантаже или постројења. Улог се може, као што је у претходним тачкама већ наведено, састојати и у стварима, правима, знањима, вештинама и другим средствима која имају економску вредност. И „економска активност”, која се састоји у ангажовању радне снаге или обезбеђење инфраструктуре може чинити предмет инвестиција.⁴³ Као спорно се поставља питање да ли економска активност исказана кроз закључени трговински уговор представља страну инвестицију.

У погледу обима или висине, једни сматрају да то морају бити значајна средства,⁴⁴ док за друге ауторе на карактер улога не утиче његов износ или величина.⁴⁵ Било је и тумачења да улог мора бити такав да може да допринесе економском развоју државе пријема.⁴⁶ У појединим билатералним споразумима о заштити инвестиција као и националним законским прописима величина или обим страног улога је квантификован на најмање 10% од укупне вредности имовине ентитета у који се улаже. Сматрамо да би висина улога морала бити таква да страном инвеститору обезбеди контролу или учешће у контроли и управљању. Директне инвестиције укључују како почетне трансакције између два ентитета, тако и све касније капиталне трансакције између њих и између афилираних предузећа, без

41 Вид. *Malaysian Historic Salvors v Malaysia* (Annulment), тач. 57.

42 М. Sornarajah, 8.

43 Вид. Mortenson, J. D, „The Meaning of 'Investment': ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, No. 1/2010; U of Michigan Public Law Working Paper No. 249. Доступно и на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1911364>, 259.

44 С. Н. Schreuer *et al.*, 128, тач. 153.

45 Вид. дискусију која је вођена код Првог нацрта Конвенције у вези тадашњег чл. 30.

46 Вид. С. Н. Schreuer *et al.*, 117, тач. 121. Арбитри су, пак, у одлуци донетој у предмету CSOB, сматрали да улог мора имати одређени „позитивни утицај на економски развој”, тач. 64, 73, 76, 88. Одлуке о надлежности.

обзира да ли су правно самостална или су зависна од матичног друштва.⁴⁷ Сматра се да инвеститор стиче могућност контроле ако располаже са или преко 10% акција у основном капиталу основаног друштва, или располаже са 10% или више гласачких права у друштву које треба основати код нових или тзв. зелених инвестиција.⁴⁸ Пошто страни инвеститор има и својину и контролу над предузећем у које улаже он, заправо, управља таквим предузећем. Отуда директне инвестиције карактерише и предузетништво, што подразумева обавезу на страни инвеститора да реши и питање управљања или менаџмента у предузећу у која улаже средства.

Међутим, не чини сваки трансфер средстава и материјала, посебно ако је реч о једнократним пословима,⁴⁹ такав правни посао инвестицијом, нити такав спор инвестиционим спором. Тако се у пракси као спорно поставило питање да ли уговор о продаји гаса који није укључивао било какав пренос капитала или својине може бити квалификован као инвестиција, у смислу Енергетске повеље (*Energy Charter Treaty*).⁵⁰ Другачије речено, да ли право на наплату испоручене робе „конституише инвестицију”.⁵¹ Арбитражни трибунал је нашао да права која су додељена уговором ради предузимања економске активности која се тичу продаје гаса, укључујући и право плаћања за такву продају, представља инвестицију (*sic*) у складу са Енергетском повељом.⁵²

Постојање трајног интереса или трајање улога подразумева постојање дугорочних односа између инвеститора и домаћег предузећа. Разлике, међутим, постоје око дужине рока трајања инвестиције. Рок није одређен ни у члану 25. Конвенције, већ се изводи из природе директних инвестиција.⁵³ У теорији и арбитражној пракси је прихваћен као општи, став

47 Balance of Payments Manual, IMF, XVIII, тач. 359, доступно на адреси: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/BOPman.pdf>, 15.5.2016, 86.

48 *Ibid.*, стр. 86.

49 Вид. одлуку донету у предмету *Atlantic Triton Company v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/1, Award, 21 April 1986. у којој су арбитражи једнократни ремонт и опремање рибрског брода сматрали инвестицијом.

50 Вид. предмет *Petrobart v. Kyrgyz Republic*, (Stockholm Chamber Case No. 126/2003), Final Award, 29 March 2005.

51 Вид. OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, 2008, 55.

52 Више вид. *ibid.*, 55 и даље.

53 Овакав став је заступао идејни творац Конвенције Брчис (*Mr. Broches*), док су се бројни делегати у дискусијама око текста Конвенције залагали за прецизну дефиницију. У првој верзији нацрта Конвенције у члану 30. инвестиције су биле дефинисане као сваки улог у новцу или другој имовини економске вредности за недефинисани период времена или, ако време одре-

да се инвестиције не могу исцрпети у једнократном улагању и да је за остваривање циљева који су стављени пред стране инвестиције неопходно да се економске активности које покреће или настављају стране инвестиције обављају у дужем временском периоду. У том контексту се као потребно време помињу рокови од две⁵⁴, пет,⁵⁵ седам и десет година.⁵⁶

У финалном Нацрту Конвенције било је предвиђено време од пет година, али се после „вруће дискусије“⁵⁷ одустало од помињања било ког рока. Осим што нема сагласности око дужине трајања инвестиција, не постоји ни сагласност од ког времена почиње да тече тај рок: од закључивања уговора, прединвестиционе или од тзв. инвестиционе фазе⁵⁸ и шта све утиче на прекид рока или његов релативни карактер.⁵⁹

Постојање ризика. Као и код сваког трговачког посла, тако и код страних улагања постоји комерцијални ризик да страни инвеститор не оствари очекивања која је имао од уговора приликом његовог закључивања. Комерцијални ризик се састоји у неизвесности страног инвеститора да ли ће се његова инвестиција „исплатити”, тј. да ли ће остварити приход и добит из које може остварити зараду и вратити уложена средства. Сматрамо да инвестиција не може постојати без ризика. Ризик значи да накнада инвеститора мора зависити од добити и резултата подухвата.⁶⁰ Ризик подразумева алеаторност улагања које карактерише „ситуације у којима инвеститор не може бити сигуран да ће вратити своје улагање (инвестицију) и не може знати износ који ће до краја потрошити

ђено, на период не краћи од пет година. И касније дискусије око утврђивања коначаног текста Конвенције показују да је по брјним питањима преовладао Брчисов став.

54 E. Gaillard, 404.

55 Вид. C. Schreuer, „Commentary on the ICSID Convention”, *ICSID Review – FILJ*, Vol. 11, No. 2/1996, 318–493.

56 У одлуци донетој у предмету *Salini Construttori SpA ...* арбитражи наводе да је у доктрини као минимални предвиђен рок од две до пет година, тач. 53.

57 Вид. *History of the Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 1968, 450.

58 Вид. одлуку о надлежности арбитражног трибунала у предмету *Jan de Nul N. Vv. Egypt* (ARB No 04/13), од 16. јуна 2006, тач. 53. Као спорно је постављено питање да ли као страна директна инвестиција може сматрати посао ископавања који је обављен за 23 месеца (краће од две године) и да ли се у трајање може узети и време за „припремне радње”.

59 Вид. одлуку у предмету *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Award, 17 Мај 2007, тач. 110, у којој су арбитражи сматрали да, према околностима конкретног случаја, ни рок од четири године не задовољава услов трајности.

60 Вид. D. Carreau, T. Flory, and P. Juillard, *Droit International Economique*, 3e édition, 1990, тач. 935.

чак и када сви релевантни учесници/стране у послу испуне своје уговорне обавезе”.⁶¹

У пракси се као спорно, поставило питање како разликовати пословни ризик из страних улагања од комерцијалних ризика из чистих или обичних комерцијалних послова, као што је на пример, уговор о продаји, у ком обиму или степену мора постојати ризик да би такав посао био третиран као страна директна инвестиција⁶² и шта га све чини.

Што се тиче обима или интензитета, сматрамо да стране директне инвестиције иманентно подразумевају знатно већи ризик од оног који постоји код чистих комерцијалних послова и због дужине трајања инвестиција.

Са друге стране, на обим ризика не утиче само друга страна (домаћи партнер), као што је случај код класичне продаје код које положај купца зависи искључиво од савесности и солвентности домаћег купца, већ пре свега од предузетничке способности самог инвеститора. У теорији се као ризици који су иманентни страним инвестицијама наводи и сама могућност да дође до спора и са тим повезана неизвесност око надлежности форума и исход спора.⁶³

*Допринос развоју државе пријема капитала.*⁶⁴ Приликом формулисања овог захтева пошло се од Вашингтонске конвенције у чијој преамбули је наведена потреба за међународном сарадњом која је протумачена као захтев да стране инвестиције доприносе привредном или економском развоју држава пријема капитала. Међутим, у пракси ИКСИД арбитражних трибунала, арбитражи су овај захтев различито тумачили, не само у ужем или ширем смислу, већ и да ли он уопште преставља услов. Тако су у предмету *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, арбитражи пошли од обориве претпоставке да свака привредна активност сама по себи доприноси развоју државе пријема капитала.⁶⁵ За разлику од оваквог става, постоје одлуке у којима захтеву привредног развоја, арбитражи нису давали значај неопходног услова.

61 Вид. *Romak S.A. v The Republic of Uzbekistan* (Permanent Court of Arbitration Case No. AA280), 2009, 230.

62 *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Award, 17 May 2007.

63 С. Н. Schreuer *et al.*, 131, тач. 163. О осталим ризицима код страних инвестиција у општем смислу вид. М. Sornarajah, 69–79.

64 Вид. С. Н. Schreuer *et al.*, 131, марг. бр. 164.; D. Carreau, P. Juillard, T. Flory, 560–570.

65 *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic* (ICSID Case No. ARB/06/5), Award, 15 April 2009, тач. 133.

Radovan D. VUKADINOVIĆ, Academic, PhD
Professor at the Faculty of Law in Kragujevac and Banja Luka

THE CONCEPT AND REGULATION OF FOREIGN INVESTMENT

Summary

Analysis views that exist in the legal theory and arbitration case law, shows that the concept of investment is seen as an independent or autonomous concept and that from the standpoint of the jurisdiction of ICSID arbitration is a condition precedent of jurisdiction. However, regardless of the autonomy and the fact that the Contracting States have not defined it during the adoption of the Washington Convention, this does not mean that they can arbitrarily expand the jurisdiction of the ICSID arbitration tribunal. This is because of what the concept of investment has „objectively meaning” independently of the disposition of the parties. It seems that this approach prevails in practice ICSID arbitration, but opinions of arbitrators differ over the number of characteristic or essential elements of the concept of investment. However, regardless of whether it has as essential three, four or five elements, it seems that this does not narrow term investment, but there is danger tendency of broad and often vague interpretation.

In any case, it can be concluded that even after 50 years of enforcement of the ICSID Convention, the term investment not only failed in a unique manner prescribed, but this issue has become one of the most controversial issues.

Key words: *concept of investment, arbitration, foreign direct investment, jurisdiction, ICSID.*

др Александар ЂИРИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
др Предраг ЦВЕТКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

НАЧЕЛО ПУНЕ ЗАШТИТЕ И СИГУРНОСТИ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ*

Резиме

Начело пуне заштите и сигурности стране инвестиције подразумева обавезу државе у коју се улаже да заштити страну инвестицију од физичког угрожавања предузимањем одређених мера. У пракси решавања инвестиционих спорова преовладава став да се деловање наведеног начела ограничава на заштиту од физичког насиља: ширење на заштиту од правног насиља значило би преклапање са начелом правичног и једнаког третмана. Заштита инвестиције не може да буде гарантована апсолутно, већ у складу са датим економским, социјалним и политичким околностима инвеститора, државе домаћина и конкретне инвестиције. Питање критеријума утврђивања да ли је у конкретном случају прекршен стандард пуне заштите и сигурности је у јуриспруденцији и пракси инвестиционих арбитража повезано са критеријумима разумности и дужне пажње. У литератури и арбитражној пракси преовладава став да обавеза државе да поступа у складу са принципом пуне заштите и сигурности има природу обавезе средства, а не обавезе резултата. Наведени приступ заснива се на претпоставци да примена FPS принципа не сме да има за резултат да држава даје „осигурање“ страном инвестору за сваки могући губитак.

Кључне речи: *принцип пуне заштите и сигурности, ICSID центар, дужна пажња.*

I Општа разматрања

Начело пуне заштите и сигурности стране инвестиције (*Full Protection and Security*, даље и: *FPS*) подразумева обавезу државе у коју се улаже

(даље и: држава домаћин) да заштити страну инвестицију од физичког угрожавања предузимањем, уз дужну пажњу, разумних мера.¹ Обавеза државе да заштити инвестицију од физичког угрожавања није апсолутна: њено поштовање или кршење се процењује у складу са датим економским, социјалним и политичким околностима државе домаћина и инвеститора. Супротно гледиште имало би за последицу да наведени стандард представља „полису осигурања“ за страног инвеститора од било каквог (потенцијалног или стварног) наношења штете страног инвеститору.²

Из природе наведеног начела произилази закључак о његовој примени само на постинвестициону фазу, када је инвестиција већ учињена или је у поступку имплементације. Само таквој инвестицији потребно је гарантовати заштиту и правну сигурност, с обзиром да инвеститор у прединвестиционој фази није трансферисао капитал у државу домаћина.³

* Рад је настао у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046) који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

1 Стандард пуне заштите и сигурности има своје корене у традиционалној пракси међународних споразума Сједињених Америчких Држава. Вид. Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, 149.

2 Принцип заштите и правне сигурности инвестиција лежи у основи одредби инвестиционих законодавстава и међународних извора о експропријацији, односно условима вршења експропријације и обавези и начинима исплате надокнаде за експроприсану имовину. Стога има мишљења да се овим начелом само наглашава дужност коју је држава домаћин већ преузела, обавезујући се на вршење експропријације под тачно одређеним условима и уз исплату одговарајуће компензације. Вид. Rudolf Dolzer, Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 60.

3 Реализација страних инвестиција обухвата две фазе: прединвестициону (*pre-establishment phase*) и постинвестициону (*post-establishment phase*). У прединвестиционој фази држава одлучује да ли ће, и под којим условима, допустити инвестирање на својој територији. Постинвестициона фаза, пак, почиње када је инвестиција одобрена. Обе наведене фазе се суштински међусобно разликују у односу на питање третмана, али и заштите страних инвестиција. Инвестиција у постинвестиционој фази (фази реализације и експлоатације) изложена је ризицима и „талац“ је државе домаћина. Држава је, пак, са своје стране дужна да поштује одређена начела третмана инвестиције коју је охрабрила или допустила. Инвестиција у прединвестиционој фази има потпуно другачији третман. Држава домаћин покушава да привуче улагаче, који врше апроксимацију својих пословних интереса и (не) одлучују се за улагање у зависности од резултата процене. Вид. више у: Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2007, 56.

Принцип заштите и сигурности инвестиције усвојен је у изворима међународног права страних инвестиција (даље и: *МИП*),⁴ билатералним споразумима о заштити инвестиција (*Bilateral Investment Treaties*, даље и: *BITs*),⁵ као и у споразумима који обавезују Републику Србију.⁶ Начело заштите и правне сигурности за страну инвестицију садржи и Закон о улагањима Републике Србије.⁷

Формулације *FPS* принципа варирају. Негде се говори само о „заштити“ (без придева „пуна“ – *full*) или се говори о „сталној заштити“ (*constant protection*) инвестиције. Такође, поједине формулације најпре наводе сигурност, а тек онда заштиту као обавезу државе домаћина. Наведене варијације не утичу на измену суштине принципа. Ради се о начелу којим се у светлу конкретних околности установљава обавеза државе домаћина да предузима активне мере за заштиту инвестиције од штетних ефеката. Штетни ефекти могу да проистекну из акција државе домаћина или трећих лица.

-
- 4 Међународно право страних инвестиција се од стране теоретичара дефинише као „скуп норми међународног порекла којима се уређују транснационална улагања капитала и са њим повезане делатности приватних предузетника, као и модалитети заштите имовине страног инвеститора“. Ludwig Gramlich, *Rechtsgestalt, Regelunstypen und Rechtsschutz bei grenzüberschreitenden Investitionen*, Baden-Baden, 1984, 45. Норме МИП-а резултат су међуигре „различитих економских, политичких и историјских фактора који га перманентно обликују“. Muthucumaraswamy Sornaraja, *The International Law on Foreign Investments*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2010, 6. Како је међународно право у целини резултат решавања супротстављених националних, пословних или социјалних интереса, међународно право страних инвестиција представља илустрацију наведеног развоја, посматрано пре свега кроз визуру сукоба држава извозница и држава увозница капитала. Међународно право страних инвестиција као резултат ових конфликата је модел како међународно право настаје, при чему се стандарди и опште (*open-ended*) формулације користе са циљем правног решавања конфликта држава. Позитивистички приступ међународном праву страних инвестиција није прихватљив, јер не узима у обзир значајне политичке импликације и сукобе интереса на које утичу правила којима се уређују стране инвестиције. Стога се међународно право страних инвестиција има посматрати као интердисциплинарно поље у коме се аргументи формирају и бране како правним, тако и механизмима и појмовима из области економије и политичких наука. Тумачење начела пуне заштите и сигурности којим се установљава одређени стандард поступања са страним инвестицијама има се посматрати у горе наведеним оквирима.
- 5 Вид. моделе *BIT* Аустрије (чл. 2 ст. 2), Данске (чл. 3 ст. 1), Холандије (чл. 3 ст. 1), Велике Британије (чл. 2) и Немачке (чл. 4 ст. 1).
- 6 Вид. нпр. споразуме СЦГ са БиХ (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 12/2002, чл. 2 ст. 2), Хрватском (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 12/2002, чл. 3 ст. 1), Турском (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/2001, чл. 2 ст. 2).
- 7 „Улагач ужива пуну правну сигурност и правну заштиту у погледу права стечених улагањем“. Вид. Закон о улагањима, *Службени гласник РС*, бр. 89/15, чл. 5.

II Карактеристике начела пуне заштите и сигурности

1. Заштита физичког интегритета

У пракси решавања инвестиционих спорова преовладава став да се деловање *FPS* начела ограничава на заштиту од физичког насиља: ширење на заштиту од правног насиља значило би уплив у деловање принципа правичног и једнаког третмана (*Fair and Equitable Treatment*; даље и: *FET* принцип).⁸ Тако је арбитража која је поступала у спору *Saluka Investments v. Czech Republic* заузела став да се „стандард пуне заштите и сигурности примењује када је страна инвестиција угрожена грађанским немирима или физичким насиљем ... (С)тандард пуне заштите и сигурности нема за циљ да обезбеди заштиту од било каквог угрожавања инвестиције, већ да спречи нарушавање физичког угрожавања физичког интегритета инвестиције”.⁹ Такође, у одлуци у спору *Suez v. Argentine Republic* *ICSID* арбитража је интерпретацију која би принцип пуне заштите и сигурности проширила на начин који укључује и обезбеђење правне сигурности квалификовала као неодговарајућу. Став *ICSID* арбитраже¹⁰ у конкретном случају је био да би наведена интерпретација резултирала

8 Више о начелу правичног и једнаког третмана вид. Peter Muchlinski, „Caveat investor? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard“, *International and Comparative Law Quarterly*, 3/2006, 527-558.

9 Вид. одлуку у спору *Saluka Investments v. Czech Republic* (2006), пар. 483-484. Одлука је доступна на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>, 25.4.2016.

10 Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава – *ICSID* конвенција, (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*), доступна на адреси: www.worldbank.org, 25.4.2016, уређује поступак решавања спорова државе домаћина и страног инвеститора. Конвенција је настала шездесетих година прошлог века, у време ескалације конфликта између развијених држава и земаља у развоју у односу на третман и заштиту иностраног капитала. Њоме је основан Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (*International Center for the Settlement of Investment Disputes – ICSID*), као неутрални форум непосредног решавања спорова између државе у чију се економију инвестира (држава домаћин; рецептивна држава) и страног инвеститора. Центар је основан под окриљем Светске банке, чиме се обезбеђује и неопходно правно-политичко залеђе. Формирањем Центра требало је подстаћи дефинисање јасних правних критеријума решавања инвестиционих спорова и тиме допринети деполитизацији сукоба рецептивних држава и страних инвеститора, односно утицати на елиминисање „посредничког ауторитета” државе порекла инвеститора који води спор против државе домаћина. Конвенцију је ратификовало 150 држава (на дан 26.11.2015). СР Југославија потписала је Конвенцију 31. јула 2002. године, а ратификовала је 2006. године Законом о ратификацији Конвенције, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2006).

„преклапањем са другим стандардима инвестиционе заштите“, пре свега са стандардом правичног и једнаког третмана.¹¹

2. Критеријуми утврђивања повреде обавезе поступања утврђене *FPS* принципом

Утврђивање да ли је у конкретном случају дошло до повреде обавезе државе домаћина да са страном инвестицијом поступа у складу са начелом пуне заштите и сигурности захтева сагледавање понашања држава коришћењем одређених критеријума. У судској и арбитражној пракси решавања инвестиционих спорова преовладава став да заштита инвестиције не може да буде гарантована апсолутно, већ у складу са датим економским, социјалним и политичким околностима инвеститора, државе домаћина и конкретне инвестиције. Тако је у спору *Asian Agricultural Products, Ltd. v. Republic of Sri Lanka (AAPL)* арбитража сматрала да билатерални споразум на који се позивао тужилац (реч је о споразуму између Велике Британије и Шри Ланке о заштити и третману страних инвестиција) не даје основ за закључак да су државе уговорнице имале намеру да *FPS* стандардом наметну објективну одговорност државе домаћина за нарушавање физичког интегритета и безбедности инвестиције. Став арбитраже *a contrario* је да би наведена интерпретација (која би установила објективну одговорност државе домаћина за нарушавање физичког интегритета) била оправдана уколико би се таква намера детектовала у припремним документима који су претходили наведеном билатералном споразуму. Арбитража је сматрала да је обавеза заштите и сигурности у би-

11 Видети: *Suez v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, пар. 174 (July 30, 2010). Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/documents/SuezVivendiAWGDecisiononLiability.pdf>, 25.4.2016. У појединим одлукама арбитража има елемената који указују на могућу екстензију примене начела пуне заштите и сигурности изван поља физичке заштите инвестиције (видети излагање *infra* II 2а о ставу арбитраже у спору *AES Summit Generation Ltd. v. Republic of Hungary*). Наведена екстензија води преклапању *FPS* начела са *FET* принципом (при чему се ради о различитим стандардима) што може да има за резултат нејасноћу у погледу питања које критеријуме ангажовати за квалификовање понашања државе домаћина као противног обавези преузетој одговарајућим међународним споразумом (најчешће билатералним споразумом о заштити и третману страних инвестиција): критеријуме за утврђивање кршења принципа пуне заштите или сигурности или оне који се примењују у циљу утврђивања кршења принципа правичног и једнаког третмана.

латералном споразуму у питању претпоставила само „дужну пажњу“¹² у заштити инвестиције, а не апсолутну гаранцију да до повреде неће доћи.¹³

У истом смислу, трибунал који је поступао у спору *ELSI* заузео је позицију да „упућивање на ... обезбеђивање сталне заштите и сигурности не може да се конструише као гаранција да имовина у било којим околностима неће бити заузета или предмет узнемиравања“.¹⁴ Такође, *ICSID* арбитража која је поступала у спору *Tested v Mexico* прихватила је овај приступ уз следећу формулацију: „Арбитражно веће се саглашава са туженим (Мексико као држава домаћин, примедба аутора) и са наведеним ставовима арбитражне праксе, у смислу да гарантовање пуне заштите и сигурности није апсолутно и не установљава објективну одговорност државе која ову гаранцију пружа“.¹⁵

Из праксе форума пред којима су решавани инвестициони спорови могу се апстраховати два критеријума који су коришћени у функцији квалификовања поступања државе домаћина као супротног обавези поштовања *FPS* стандарда: критеријум разумног поступања и критеријум дужне пажње (*due diligence*).

12 Више о критеријуму дужне пажње видети *infra* II 26).

13 Видети: *AAPL v Sri Lanka*, *ICSID Case No. ARB/87/3*, Award 21 June 1990, *International Legal Materials*, Vol. 30, 1991, 577, пар. 45 et seq. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>, 25.4.2016. Подршку наведеном ставу арбитража је нашла у постулатима садржаним у релевантној јуриспруденцији: „Држава у коју је ушао странац ... није осигураваач нити гарант његове сигурности ... (Н)е може се, и тешко би се могло оправдати, прихватање апсолутне одговорности за све повреде које се нанесу странцу“. Alwyn V. Freeman, „Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces“, *Recueil des cours, Hague Academy of International law*, Vol. 88, 1955, 276; нав. према: *AAPL v. Sri Lanka*, пар. 49.

14 Видети: *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) case, United States of America v. Italy*, Judgment of 20 July 1989, пар. 108. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/9677.pdf>, 26.4.2016. Поступајући у овом спору, Међународни суд правде сматрао је да захтев за поштовањем принципа пуне заштите и безбедности из Споразума о пријатељству, трговини и поморству између Италије и САД, није гаранција тужиоцу (инвеститору из САД) да ни у ком случају неће бити интервенције државе у односу на његову инвестицију. Суд је сматрао да овај стандард није прекршен реквизицијом коју је италијанска Влада спровела над италијанском компанијом у власништву страног инвеститора, као ни 16-месечним одлагањем правног поступка по његовом захтеву за испитивање оправданости одузимања имовине.

15 Видети: *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v The United Mexican States*, Award, 29 May 2003, *International Legal Materials*, Vol. 43, 2004, 133.1, пар. 177. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>, 26.4.2016.

а) Критеријум разумности

Питање критеријума за утврђивање када је дошло до кршења стандарда правне заштите и сигурности је у јуриспруденцији и пракси инвестиционих арбитража повезано са критеријумом разумности.¹⁶ Илустративни пример чињеничног стања у коме су форуми за решавање инвестиционих спорова примењивали наведени критеријум за просуђивање о одговорности државе за кршење *FPS* принципа јесте одлука арбитраже у спору *AES Summit Generation Ltd. v. Republic of Hungary*.¹⁷ Тужилац у овом спору била је компанија из Велике Британије која је инвестирала у производњу енергије у Мађарској. Тужбу је образложио тврдњом да је држава домаћин (Мађарска) прекршила обавезу гарантовања пуне заштите и сигурности утврђену Повељом о енергији (*Energy Charter Treaty – ECT*)¹⁸ тиме што је изменила прописе којима се уређују тарифе које наплаћују произвођачи енергије, што је резултирало финансијским губицима тужиоца.¹⁹ Приликом евалуације захтева тужиоца, арбитража је описала садржину стандарда пуне заштите и сигурности на следећи начин:

„Обавеза обезбеђења сталне заштите и сигурности је обавеза државе да предузме разумне кораке у заштити својих инвеститора (или да омогући инвеститорима да се сами заштите) од насртаја трећих лица или државних органа... И док, у одговарајућим околностима, може да се

16 „Постоји широки консензус да стандард пуне заштите и сигурности не обезбеђује апсолутну заштиту од нарушавања физичког или правног интегритета. У контексту одговорности државе, држава домаћин нема објективну одговорност у погледу спречавања кршења ових обавеза. Уместо тога прихваћено је да држава домаћин мора да покаже дужњу пажњу и да преузме мере којима се штити страна инвестиција а које су разумне у околностима конкретне случаја.“ Нав. према: R. Dolzer, C. Schreurer, 149.

17 Вид. *AES Summit Generation Ltd. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23. September 2010, пар. 13.3.1–13.1.5. Текст одлуке је доступан на адреси: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf, 26.4.2016.

18 Повеља о енергији је резултат немогућност реализације идеје о стварању правног инструмента глобалног важења којим би се уредио правни режим страних инвестиција. Стога се јавио секторски приступ: креирање правних докумената чије је дејство *ratione materie* ограничено на одређене секторе привреде. Пример таквог секторалног споразума је Повеља о енергији. Потписана је у Лисабону 1994. године, а на снагу је ступила 1998. године. Повеља је регулаторни међународни оквир за правни третман инвестиција у области енергетике на територијама земаља потписница Повеље. Према информацијама са сајта *ECT* (www.encharter.org; стање од 26. 11. 2015) Повељу су потписале 54 државе, а ратификовало ју је 50 држава (потписале су је али не и ратификовале Аустралија, Норвешка, Белорусија и Руска Федерација).

19 *AES Summit Generation Ltd. v. Republic of Hungary*, пар. 4.1, 13.1.1–13.1.5.

прошири иза физичке безбедности,²⁰ она се свакако не може проширити на заштиту од права државе (као што је то овде случај) да својим прописима регулише одређено питање на начин који може да има негативан ефекат на инвестицију тужиоца, под условом да се држава понаша разумно у датим околностима и са циљем остваривања објективно рационалних политичких циљева“.²¹ Обавеза пружања пуне заштите и сигурности ограничава се на предузимање „разумних мера превенције која се може очекивати од добро вођене владе у сличним околностима“.²²

Примењујући *FPS* принцип на напред наведени начин, *ICSID* арбитража је одбила тврдњу о повреди принципа пуне заштите и сигурности. Арбитража је нагласила да је Мађарска била слободна да измени своје законе у доброј вери, имајући у виду да се споразумом или на други начин није обавезала да модификује сопствене прописе, кроз стабилизациону клаузулу или на други начин.²³

Оправдање примене критеријума разумности у контексту оцене да ли је држава поступила у складу са обавезом поштовања начела пуне заштите и сигурности лежи у чињеници да су споразуми држава о правном режиму и заштити страних инвестиција (најчешће билатерални споразуми) дугорочни инструменти којима се уређује сложена област страних инвестиција: супротан приступ који би искључио примену принципа разумности у функцији оцене да ли је држава домаћин поступала у складу са *FPS* принципом морао би да почива на нереалној претпоставци о

20 Видети *supra* напомену 11.

21 *AES Summit Generation Ltd. v. Republic of Hungary*, пар. 13.3.2.

22 *Ibidem*, пар. 13.3.1–13.3.3.

23 *Ibidem*, пар. 13.3.4–13.3.6. Стабилизациона клаузула је одредба уговора државе и инвеститора, односно решење садржано у инвестиционом законодавству, којим се држава домаћин обавезује да се накнадне промене легислативе важеће у тренутку закључења уговора не примењују на одредбе уговора државе и страног инвеститора. Тиме се у уговор државе и инвеститора инкорпорира важеће законодавство државе домаћина, те касније измене немају дејство на права, обавезе и одговорности уговарача. Од начина структурирања стабилизационе клаузуле често зависи и њено дејство. Формулација стабилизационе клаузуле мора бити јасна и прецизна, јер суд и арбитража по правилу рестриктивно тумаче вољу државе да се одрекне дела свог легислативног суверенитета. У супротном, стабилизациона клаузула носи потенцијал конфликта, што није у интересу ни државе домаћина, ни страног инвеститора. Вид. више у: П. Цветковић, 34. Чини се да се из наведеног става арбитраже у спору *AES Summit Generation* може основано *a contrario* имплицирати да би у случају да је режим био „стабилизован“ кроз одредбу уговора са страним инвеститором или инвестиционо законодавство, у конкретном случају постојало кршење *FPS* принципа.

„перфекцији садржине и обима информација“ о свим ризицима и могућим споровима на страни држава које ове уговоре закључују.²⁴

О испуњењу критеријума разумности требало би да се просуђује узимајући у виду околности конкретне инвестиције. Наведено просуђивање мора узети у обзир и време када се од државе очекивало понашање у складу са *FPS* начелом: није прихватљиво да се закључак о поступању државе домаћина супротно критеријуму разумности (у контексту утврђивања кршења *FPS* принципа) заснива на *ex post facto* накнадним интерпретацијама стране која тврди да је понашање државе противно начелу заштите и правне сигурности.

б) Критеријум дужне пажње

Критеријум разумности мере као начин опредељења карактера одређене мере државе домаћина у контексту понашања у складу са принципом пуне заштите и сигурности (да ли је држава предузела разумне мере за заштиту физичког интегритета инвестиције) у арбитражној пракси допуњен је критеријумом дужне пажње (*due diligence*). Када се ради о наведеном критеријуму, став јуриспруденције јесте да је његова примена оправдана када се ради о потенцијалној или стварној повреди физичког интегритета коју је учинило треће лице: тада се мере државе у спречавању наведених повреда просуђују у складу са критеријумом дужне пажње. У случају, пак, када је физички интегритет угрожен радњама саме државе или њених еманација, критеријум дужне пажње не може бити основ њеног екскулпирања: држава ће се сматрати одговорном, а критеријум дужне пажње губи функцију.²⁵

Критеријум дужне пажње прихваћен је у пракси решавања инвестиционих спорова који су одлучивали о томе да ли је у конкретном случају прекршена обавеза поступања државе у складу са принципом пуне заштите и сигурности. Тако је арбитража која је поступала у спору *Lauder v. Czech Republic* сматрала да *FPS* стандард „обавезује стране да спроводе дужну пажњу у заштити стране инвестиције на начин који је разуман у датим околностима“.²⁶

24 Вид. Thomas W. Wälde, „Interpreting Investment Treaties“, *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer* (eds. Christina Binder, Ursula Kriebbaum, August Reinisch, Stephan Wittich), Oxford, 2009, 750.

25 Вид. R. Dolzer, C. Schreuer, 151.

26 Вид. *Lauder v. Czech Republic*, Award, пар. 308. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>, 26.4.2016.

Слично томе, арбитража у спору *Noble Ventures v Romania* након позивања на примену принципа пуне заштите и сигурности, заузела је став да наведени принцип није основ објективне одговорности државе за повреду физичког интегритета, већ да се одговорност државе утврђује кроз примену критеријума дужне пажње.²⁷

У релевантној јуриспруденцији и пракси решавања инвестиционих спорова издвојила су се два критеријума за утврђивање да ли је испуњен услов дужне пажње државе домаћина као претпоставка да није прекршен стандард пуне заштите и сигурности:

а) Први критеријум је знање државе о угрожавању инвестиције. Овај критеријум је објективна претпоставка акције државе и игра значајну улогу у погледу питања да ли је држава поступила у складу са *FPS* принципом и заштитила страну инвестицију. Питање шта је држава знала или морала да зна поводом потребе заштите физичког интегритета инвестиције, а са циљем поступања са „дужном пажњом“, зависи од околности конкретог случаја. Обавеза дужне пажње не претпоставља да би држава требало да има знање о свим, ма како минорним фактима који би могли да утичу на инвестицију. Међутим, када се претња материјализује, држава је обавезна да се са овом претњом носи чим сазна о њеном постојању. Тиме предвидљивост прелази у знање о ризику и његовој материјализацији, а држава долази у позицију да дефинише које су мере неопходне да би се спречиле штетне последице тих ризика. За просуђивање да ли је држава знала или морала да зна о могућности угрожавања физичког интегритета инвестиције, од значаја је и временска динамика стицања знања о околностима које представљају претњу. Одређени грађански немири могу да током времена прерасту у масовне демонстрације, грађанску непослушност манифестовану кроз генералне штрајкове и коначно револуцију у смислу промене режима. Промена у квалитету претње утиче и на квалитет тражене дужне пажње: очекивана дужна пажња државе у почетку цивилних немира је нижег степена него она која се захтева у каснијим фазама њиховог развоја када је могућност угрожавања инвестиције већа. Наведена разлика утиче на питање да ли је држава била одговорна због поступања супротног критеријуму дужне пажње, а у контексту тражења одговора на питање да ли је прекршила обавезу поступања у складу са *FPS* принципом.

27 Вид. *Noble Ventures Inc. v. Romania*, Award, пар. 164. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>, 26.4.2016.

б) Други критеријум је да ли је држава предузимала мере које одговарају контексту инвестиционог односа укључујући правне, економске и социјалне околности државе домаћина и инвеститора. При томе ваља нагласити: чињеница да држава и поред дужне пажње није предвидела наступање околности које угрожавају страну инвестицију, не искључује њену одговорност у погледу обавезе да на одговарајући начин одговори на угрожавање инвестиције као последице догађаја који иначе није могла да предвиди (нпр. револуција или грађански немири). Обавеза државе је да и у овим ситуацијама да показује активну пажњу и учини оно што је могуће (обезбеђивање полицијских снага, расположивост правосудног система и других институција у циљу остваривања права инвеститора, спровођење истраге и слично).

Описани елементи критеријума дужне пажње (активна пажња, знање и предвидљивост) имају се узети у обзир приликом процене да ли је држава поступала у складу са принципом пуне заштите и сигурности инвестиције тиме што је испунила наведени критеријум. Критеријум дужне пажње је испуњен уколико је та пажња била активна, базирана на знању које је држава имала или морала да има у складу са објективним факторима, те заснована на објективној вероватноћи да ће се постојећа претња материјализовати узимајући у обзир време у коме је држава требало да реагује. Ниво пажње државе би се могао одредити са аналогijом принципа *diligentia quam in suis*: обавеза државе у односу на степен пажње мора да коренспондира са оним што има на располагању као суверен.

У арбитражној пракси је такође заступљен горе наведени став: очекивања инвеститора у погледу испуњења обавезе државе домаћина да поступа у складу са *FPS* принципом показујући дужну пажњу у погледу заштите стране инвестиције морају да се ускладе са *in concreto* околностима инвестиције у питању. Пример наведеног приступа је став *ICSID* арбитраже у спору *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*.²⁸ Предмет спора била је имовина страног инвеститора уништена током грађанских немира 1997. године у Албанији узрокованих пропашћу банкарског система. Арбитар појединац поставио је питање: да ли одговорност државе која је сиромашна може да буде барем делом стављена у пропорцију са њеном економском ситуацијом и стањем

28 Вид. *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0618.pdf>, 26.4.2016.

институција?²⁹ Одговор на ово питање био је позитиван: аргумент арбитра био је да страни инвеститор у држави са неразвијеном институционалном инфраструктуром не може да очекује да добије транскрипт свих изјава датих у административним поступцима. Са друге стране, институционални недостаци или економске тешкоће не могу да буду оправдање арбитражног понашања државе домаћина према страном инвеститору.³⁰ Чини се да је граница утицаја *in concreto* околности на одговорност државе за кршење принципа поступања са страним инвестицијама, укључујући и *FPS* принцип постављена на следећи начин: наведене околности су релевантне уколико не негирају сам принцип.³¹

3. Обавеза поштовања *FPS* принципа: обавеза средства или обавеза резултата

Као што је већ речено, евалуација акције државе у погледу *FPS* стандарда води закључку да заштита инвестиције не може да буде гарантована апсолутно, већ у складу са датим економским, социјалним и политичким околностима конкретне инвестиције.

29 *Ibidem*, пар. 76.

30 *Ibidem*.

31 Анализирајући обавезу државе да у конкретном случају, поступајући у складу са *FPS* принципом, пружи заштиту страном инвеститору, арбитар појединац је упоредио примену овог принципа са принципом забране ускраћивања правде (*denial of justice*). Степен обавезе државе домаћина да поступа у складу са принципом забране ускраћивања правде не може да буде условљен *in concreto* околностима који у њој владају: правни систем и његове карактеристике резултат су вођеног процеса и свесног избора државе током дужег временског периода. Ради се, дакле, о карактеристикама које су у диспозицији државе: држава их може развијати или занемаривати. Држава је одговорна за штету коју је страни инвеститор претрпео због неиспуњења државе да се понаша у складу са принципом забране ускраћивања правде, без обзира на то шта је узрок за изостанак поштовања наведеног принципа. Наведени приступ је подстицај државама да, у циљу избегавања сопствене одговорности у односу на стране инвеститоре, унапреде функционалност сопствених институција. Са друге стране, кршење обавезе државе домаћина да поступа у складу са принципом пуне заштите и сигурности настаје као резултат непредвиђених околности (грађанских немира, револуција) које би јака држава могла ефикасно да контролише (показујући „дужну пажњу“), док би економски и институционално инфериорне државе имале тешкоће у стављању наведених догађаја под контролу. Изједначавање држава у овом смислу (и игнорисање *in concreto* околности државе домаћина) нема подстицајни значај као што је то случај код принципа забране ускраћивања правде: тешко је замислити одлуку којом се установљава одговорност државе због чињенице што је пропустила да унапред донесе планове поступања са непредвиђеним околностима непознате магнитуде који наступају на непознатим локацијама. То је по мишљењу арбитра појединца управо био случај у спору у питању. Видети: *Ibidem*, пар. 76.

У литератури и арбитражној пракси учињена је разлика у погледу природе обавезе државе домаћина, и то на следећи начин: да ли се обавеза државе да поступа у складу са принципом пуне заштите и сигурности има сматрати обавезом средства или обавезом резултата. Као што је већ наведено, у пракси решавања инвестиционих спорова прихваћен је став да примена принципа *FPS* не сме да има за резултат да држава даје „осигурање“ страном инвестору за сваки могући губитак.³² У том смислу, чини се да је природа обавезе државе пре обавеза средства, него обавеза резултата. Описани приступ прихваћен је и у студији *UNCTAD*-а у којој се на следећи начин признаје наведена карактеристика *FPS* принципа:

„И док није обавеза у смислу обавезе резултата, установљена је обавеза напора у смислу добре вере у циљу заштите имовине страног лица... стога овај принцип (принцип пуне заштите и сигурности, оп. аут.) мора да се разуме као динамичан стандард. Он обезбеђује награду држави домаћину за политичку стабилност, и обавезу државе домаћина да осигура да било каква нестабилност нема негативан ефекат на страног инвеститора, чак и када мере таквог осигурања иду изнад мера којима се штите домаћи инвеститори“.³³ Држава, дакле, мора користи најбоље напоре да би спречила и контролисала штету нанету инвестицији или инвеститору, те казнила стране које су штету учиниле или имале намеру да је учине.³⁴

Са друге стране, у арбитражној пракси има ставова да у конкретним околностима, обавеза државе домаћина да гарантује пуну заштиту и сигурност мора да се квалификује као обавеза резултата. Пример описаног приступа је став садржан у издвојеном мишљењу једног од арбитра у случају *ELSI* (где је Италија као држава домаћин одузела имовину страног инвеститора):³⁵

„...Конкретни предмет обавезе да се арбитрарне или дискриминаторне мере не примењују на корпорације је јасно утврђен. Ипак, појединачне мере за остваривање ове обавезе нису дефинисане. Стога се обавеза из

32 Видети излагање *supra* у тач. II 2.

33 UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, United Nations, 2005, 40-41.

34 Вид. Riccardo Pisillo-Mazzeschi, *State Responsibility in International law* (ed. R. Provost), Ashgate/Dartmouth, 2002, 114.

35 Вид. *supra* напомену 14.

чл. 1 чини не обавезом средства, већ обавезом резултата, као што обавезе које се тичу заштите странаца и њихових права уобичајено јесу“.³⁶

Арбитар који је издвојио мишљење осврнуо се на питање које је својевремено било сматрано разлогом за подривање значаја поделе обавеза на обавезе средства и обавезе резултата. Ради се о питању да ли је акција државе примарни разлог за настанак одређене ситуације или је одређена ситуација разлог за акцију коју је предузела држава:

„Може се, дакле, сматрати да би, чак и у одсуству реквизиције предузећа, ELSI банкротирао. Ово је суштински закључак италијанских судова и поступајућег арбитражног већа. Али наведени закључак не узима у обзир чињеницу... да би у случају да реквизиција није била наметнута као што јесте наметнута ELSI-ју, овај био у стању да материјализује и располаже са више имовине него што је то у стварности учинио, чак и када би, у одређеном тренутку, ELSI можда био обавезан да оде у банкротство“. Издвојено мишљење, дакле, почива на претпоставци да Италија не може бити ослобођена одговорности за повреду права страног инвеститора позивањем на разлоге засноване на административној и судској процедури: кршење међународно преузете обавезе од стране државе којом се захтева да оствари, средствима по свом избору, конкретан резултат настаје уколико усвојеним начином понашања држава не оствари резултат који је дефинисан овом обавезом.³⁷ Стога је став арбитра који је издвојио мишљење у случају ELSI да је обавеза државе обавеза резултата: само се тиме гарантује да ће инвеститор у сплету развоја околности бити у стању да материјализује третман пуне заштите и сигурности.

У контексту свега горе наведеног, сагледавање обавезе државе да поступа у складу са FPS принципом као обавезе резултата било би престрога: са друге стране, прихватање природе ове обавезе као обавезе средства мора бити праћено одговарајућом проценом стварних могућности државе да пружи заштиту страном инвеститору, узимајући у обзир при томе чињеницу да је држава као суверен претпостављено у могућности да обезбеди наведену заштиту: *onus probandi* супротног става (изостанак могућности државе да заштити страну инвестицију) не би смео да лежи искључиво на инвеститору. Задатак инвестиционих арбитража је да од државе домаћина захтевају да оправда чињеницу изостанка испуњења обавезе поступања у складу са принципом пуне заштите и сигурности.

36 *Case concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI), (United States of America v Italy)* ICJ, Decision rendered on 20 July 1989, *ICJ Reports*, 1989, 117.

37 *Ibidem*, 121.

Aleksandar ĆIRIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Niš

Predrag CVETKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Niš

PRINCIPLE OF FULL PROTECTION AND SECURITY OF FOREIGN INVESTMENTS

Summary

The principle of full protection and security of foreign investment establishes the obligation of the home state to protect foreign investment from physical endangerment. In the case law of investment disputes' settlement prevails the view that the scope of the said principle is limited to the protection of physical violence: extending the scope of full protection and security principle to the issue of the providing the legal certainty for foreign investor would lead to overlapping of FPS principle with the scope of principle of fair and equitable treatment as the standard of treatment applicable to foreign investment. Protection of investment as defined by FPS principle cannot be guaranteed in absolute terms: it should be provided in accordance with given circumstances of economic, social and political nature attached to investor, host country and investment itself. In order to define the threshold for the breach of host state obligation to provide the treatment of foreign investment in accordance with FPS principle, relevant jurisprudence and case law applied the criteria of reasonableness and due diligence. As regard the nature of obligation of host state to act in accordance with FPS principle, in legal literature and case law is prevalently accepted the view that the state's obligation is the obligation of the means (as opposed to the obligations of the result). The described approach is based on the assumption that the application of the FPS principle should not have as the expected result the „insurance“ of the investor from any possible loss it may occur to concrete investment.

Key words: *full protection and security principle (FPS), ICSID center, due diligence.*

Др *Небојша* ЈОВАНОВИЋ

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПРОИЗВОЂАЧКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ У ПОЉОПРИВРЕДИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Резиме

У раду се објашњавају произвођачке организације, као елемент Заједничке организације тржишта пољопривредних производа Европске уније. Поред објашњења Заједничке организације тржишта пољопривредних производа, даје се кратка историја пољопривредне политике ЕУ, као и што се разматра појам произвођачких организација, њихова регистрација, врсте, циљеви и значај на тржишту ЕУ. Посебно се објашњава њихов значај за заштиту пољопривредних произвођача у процесу уговарања продаје њихових производа трговцима или прерађивачима. Циљ рада је да се укаже на један од начина на који се у ЕУ штите пољопривредни произвођачи, као и на изузетно слабу заштиту пољопривредника у Србији.

Кључне речи: пољопривреда, пољопривредно право, произвођачке организације, Европска Унија.

І Увод

Европска унија (даље у тексту: Унија) спроводи своју пољопривредну политику преко заједничке тржишне организације за пољопривредне производе. Њом обједињава национална тржишта свих држава чланица у своје јединствено унутрашње тржиште. Европска економска заједница (даље у тексту: Заједница) је током свог постојања до претварања у Европску унију 1993. године пружала велику помоћ и јаку заштиту пољопривреним произвођачима, услед чега су створени велики вишкови пољопривредних производа, који нису могли да се потроше на њеном тржишту, а ни да се извезу. Стога је Унија готово од свог настанка про-

* Рад се објављује као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду.

менила пољопривредну политику, тако што је битно смањила помоћ пољопривредницима, уједно слабећи њихову заштиту од конкуренције страних произвођача. Циљ је да се пољопривредници у Унији подстакну да производе оне пољопривредне производе који се траже на тржишту, уместо да стално производе исте производе ослањајући се на високе заштитне цене, које је раније Заједница прописивала. То је учинило пољопривреднике осетљивим на сплетке моћних и организованих трговаца и прерађивача, као купаца њихових производа, што им је погоршало положај на тржишту и животни стандард. Стихијско организовање пољопривредника и њихови бурни протести изазвани изабљивањем на тржишту, навели су Унију да посебно уреди произвођачке организације пољопривредника, како би им помогла у заштити њихових интереса на тржишту. То је учинила Уредбом бр. 1308/2013 Европског парламента и Савета о успостављању Заједничке организације тржишта пољопривредних производа из 2013. године (даље у тексту: Уредба).¹

II Кратка историја пољопривредне политике и права Уније

Убрзо после свог оснивања 1957. године Европска економска заједница је почела да правно уређује производњу и трговину пољопривредним производима, како би отклонила ризик несташице хране, која је владала у земљама Западне Европе дужи низ година после Другог светског рата.² Основни циљ је био да домаћа пољопривредна производња буде довољна за домаће потребе (тзв. самодовољност). Да би се тај циљ постигао нужно је било да се постигне стабилност тржишта пољопривредних производа, а пре свега њихових цена, како би се њихова производња учинила исплативом делатношћу за пољопривреднике. То је значило да се тржиште пољопривредних производа у Заједници мора да организује тако да се сва национална тржишта држава чланица обједине у

1 *Regulation ... establishing a common agricultural organization of the markets in agricultural products...* (OJ EU L 347 од 20. децембра 2013. године). Поред ове уредбе, Унија је заокружила своју нову пољопривредну политику доневши још три уредбе у 2013. години То су: 1) Уредба (ЕУ) бр. 1306/2013 о финансирању, управљању и надзирању заједничке пољопривредне политике; 2) Уредба (ЕУ) бр. 1307/2013 о успостављању правила за непосредна плаћања пољопривредницима у програмима помоћи у оквиру заједничке пољопривредне политике; 3) Уредба (ЕУ) бр. 1305/2013 о помоћи за сеоски развој Европског пољопривредног фонда за сеоски развој.

2 Jens Harting Danielsen, *EU Agricultural Law*, Walter Kluwer, Alphen, 2013, 1.

јединствено тржиште.³ Стога је низом уредби установила већи број заједничких тржишних организација, од којих је свака била задужена да организује трговину одређеном врстом пољопривредних производа (нпр. житарице, воће и поврће, свињско месо, јунетина и телетина, јаја, живинско месо, млеко и млечни производи).⁴ Те организације су спроводиле мере пољопривредне политике, која је била врло успешна, тако да је Заједница од великог увозника пољопривредних производа педесетих и шездесетих година 20. века постала њихов извозник осамдесетих година.⁵ Основне мере су биле: 1) прописивање најнижих откупних цена на високом нивоу за пољопривредне производе (тзв. заштитне цене); 2) обавеза државних откупљивача да купују све понуђене им количине пољопривредних производа по заштитним ценама; 3) јака заштита домаћих произвођача од увоза путем високих променљивих царина (тзв. прелевмана); и 4) подстицање извоза путем државних накнада извозницима.⁶

Успех пољопривредне политике у подстицању производње створио је и једну лошу последицу по тржиште, а то су били велики вишкови производа у Заједници, за којим нема потребе на њеном унутрашњем тржишту. Они нису могли ни да се продају на светском тржишту, због тога што су им цене биле превисоке. Како је складиштење вишкова и даље финансирање обавезног откупа по високим заштитним ценама пољопривредних производа било превелики трошак у буџету Заједнице, деведесетих година 20. века, одлучено је да се промени систем помоћи и заштите пољопривредника (тзв. Мекшаријева реформа).⁷ Промена сеастојала у постепеном снижавању заштитних цена, како би постале само нешто више од владајућих цена на светском тржишту, као и снижавању увозних дажбина. За узврат се пољопривредницима из буџета уније исплаћују новчане накнаде, чији се износ прописује по хектару земљишног поседа, стаблу воћке или грлу стоке. Због тога висина накнаде зависи од величине поседа (газдинства) пољопривредника, а не од обима његове производње.⁸ Године 2014. све посебне организације тржишта за поједи-

3 Нина Шћепановић, „Интервенција органа Европске заједнице у области цена“, *Право и привреда*, бр. 5-8/97, 900.

4 Joseph A. McMahon, *EU Agricultural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 37-80.

5 Н. Шћепановић, 902.

6 J. Danielsen, 2-4; Rudolf Stöhr, Klaus Schumacher, *The History of the European Grain Market*, 1-11, доступно на адреси: <http://www.coceral.com/data/1378127334The%20history%20of%20the%20European%20grain%20market.pdf>, од 28. VIII 2015.

7 J. Danielsen, 4; J. McMahon, 80-99; Н. Шћепановић, 902.

8 J. Danielsen, 5, 6.

не врсте пољопривредних производа уједињене су Уредбом у једну општу организацију тржишта свих пољопривредних производа. Њом управља Комитет за Заједничку организацију пољопривредних тржишта при Европској комисији (чл. 1, 229, 232).

II Заједничка тржишна организација за пољопривредне производе у Унији

1. Појам

Раније је у Унији постојало више одвојених заједничких организација тржишта, од којих је свака била специјализована за организовање одређене врсте пољопривредних производа. Једна од првих јесте била она за житарице. Иако су државе чланице у њој тешко постигле сагласност о јединственим мерама политике трговине житарицама (нпр. о заштитним ценама), и то тек после четири године од њеног оснивања, постала је узор заједничким организацијама за тржишта других врста пољопривредних производа (нпр. за јаја, живинско месо, воће и поврће, млеко и млечне производе, за свињско месо). То је довело до повлачења скоро 90% пољопривредних производа са слободног тржишта Заједнице, јер су их произвођачи углавном продавали по високим заштитним ценама државним откупним организацијама. Сваком заједничком тржишном организацијом управљао је посебан стручни орган под именом комитет за управљање (енгл. *management committee*, фр. *comité de gestion*). Он се састојао од стручних представника свих држава чланица за врсту пољопривредног производа, за коју је организација била задужена, а они су се периодично састајали ради доношења одлука о спровођењу мера пољопривредне политике.⁹

Данас су одвојене заједничке тржишне организације за сваку грану пољопривредне производње у Унији спојене у једну организацију, на чијем челу је Комитет за пољопривреду, као помоћни орган Европске комисије. То значи да ни раније гранске заједничке пољопривредне организације, ни данашња јединствена (општа) организација, нису посебне међународне или наднационалне организације са својим државама чланицама, које су независне од Уније. Напротив, оне су само органски елемент Уније, или, боље рећи, систем њених прописа и мера ради уређивања њеног тржишта пољопривредним производима. Заједничка тржишна организација нема својство правног лица, своју имовину, нити органе.

9 R. Stöhr, K. Schumacher, 7.

Њени органи су органи Уније, а пре свега Европски парламент, Савет министара и Комисија, с тим што њима у раду помаже Комитет за пољопривреду, као стручан помоћни орган Комисије. Прописи и одлуке које доносе су обавезујући за све државе чланице, а уредбе су обавезујуће и за становнике држава чланица, јер се на њих непосредно примењују.

2. Успостављање заједничког тржишта у пољопривреди

Успостављањем унутрашњег тржишта пољопривредних производа, као обједињених националних тржишта свих држава чланица, укинута су све националне сметње у трговини између држава чланица, које су оне прописивале и примењивале у својој спољној трговини (нпр. увозне и извозне дозволе, царине, количинска ограничења). Унија је постала искључиво надлежна да уређује тржиште, како унутрашње, тако и трговину са трећим земљама, према којим заводи значајне мере ограничења увоза и подстицања извоза. Уклањање националних сметњи на унутрашњем тржишту Уније није учињено одједном, већ постепеним њиховим ублажавањем и укидањем, како се не би наглим мерама пореметила национална тржишта појединих држава чланица, а са циљем да се тржишни услови у њима временом уједначе. Предузимање једностраних радњи држава чланица или приватних лица ради ограничавања унутрашње трговине пољопривредним производима јесте повреда начела слободног кретања робе из Римског уговора о оснивању Заједнице, због чега повредиоцу следи санкција, коју изриче Европски суд правде.

Упркос запрећеним санкцијама, процес обједињавања националних тржишта држава чланица наилазио је на низ тешкоћа у пракси, а нарочито на отпоре пољопривредника у појединим државама чланицама. Отпори су понекад имали облик озбиљних кривичних дела, при чему државе чланице нису биле вољне да их обуздају. То је био предмет спора *Комисија против Француске* пред Судом правде из 1997. године.¹⁰

Француски пољопривредници су дуго година организовали насилничке нападе на камионе, којим је у Француску увожено воће и поврће, а нарочито јагоде из Шпаније и парадајз из Белгије. Предводила их је организација „Сеоска слога“ (*Coordination rurale*). Они су заустављали такве камионе, уништавали превожену робу, а возаче

10 *Commission v. France (Spanish Strawberries) Case C/265/95*, [1997] ECR I/6959. Вид. Trevor C. Hartley, *European Union Law in a Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 106-111; Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 68, 69.

пребијали. Осим тога, насилници су забрањивали велетрговцима и трговцима на мало, укључујући и сампослуге, да продају стране пољопривредне производе. Спровођили су редовне обиласке складишта и продавница, те би уништавали стране производе, који су били изложени на полицама. Упркос бројним дојавама, француска полиција није долазила на места напада, како би их прекинула и похасила изгреднике. И кад би била присутна на месту напада, не би предузимала било какве радње заштите нападнутих лица и робе, чак ни у случају кад је присутних полицајаца било више него насилника.

Због тога је Комисија захтевала од француске владе да предузме мере и трајно прекине спорне нападе. Француска влада је одговорила да оштро осуђује такве нападе и да предузима све што је у њеној моћи да их обустави. Упркос томе, врло мали број учинилаца напада је кривично гоњен, иако су лица многих „протестаната“ снимљена камерама. Пошто се насиље наставило. Комисија је поднела захтев Суду правде против Француске, којем су се придружиле Уједињено Краљевство и Шпанија. Комисија је тврдила да су поједини становници Француске повредили начело слободног кретања робе унутар Уније, као и да је Француска, као држава чланица, повредила своју обавезу сарадње са Унијом и другим државама чланицама у отклањању повреда правила Уније. Чланом 28. Оснивачког уговора одређено је да држава чланица не сме да предузима радње, нити да се укључује у понашања којим се стварају сметње у слободи трговине, а чланом 10. је одређено да је држава чланица обавезна да предузме потребне и одговарајуће мере ради заштите основних слобода на својој територији.

Француска се у поступку бранила приговором да је предузела све што је могла, али да је било тешко ишта озбиљније предузети, јер је било немогуће предвидети где и кад ће протестанти поново напасти. Осим тога, тврдила је да су француски пољопривредници били изазвани непоштеном трговинском праксом шпанских пољопривредника, јер су они битно снижили цене свог воћа, које су извозили у Француску, што је довело до битног опадања цена воћа и зараде француских произвођача.

Суд је закључио да се Француска очигледно и истрајно уздржавала да предузме потребне и одговарајуће мере да оконча вандалске нападе, што је угрозило слободно кретање појединих пољопривредних производа на њеној територији, који су потицали из других држава чланица. Ако су страни произвођачи воћа и поврћа спроводили не-

поштену тржишну утакмицу на територији Француске, онда је она морала да покрене поступак ради заштите свог тржишта пред Комисијом или другим надлежним органом Уније. Ниједна држава чланица не сме да предузима једностране мере заштите свог националног тржишта у трговини са другим државама чланицама. Како Француска то није учинила, те како није обуставила нападе приватних лица на својој територији на производе других чланица, суд је закључио да је она повредила своју обавезу предузимања мера заштите слободе кретања роба, у коју свакако спадају и пољопривредни производи.

II Произвођачке организације

1. Појам и признавање

Произвођачке организације (енгл. *producer organizations*) јесу елемент заједничке организације тржишта у пољопривреди Уније.¹¹ То су, у ствари, гранска удружења произвођача појединих врста пољопривредних производа, која су регистрована у државама чланицама, а служе за побољшање пословања својих чланова и заштиту њихових интереса. Значи, оне су приватне организације произвођача, а не јавноправне организације, као што су заједничке тржишне организације.

Произвођачке организације могу да оснивају само произвођачи (не и трговци), али морају да добију признање (дозволу, регистрацију) државе чланице. Држава чланица може, али не мора, да их призна, иако оснивачи испуне услове прописане правом ЕУ и њеним националним правом. То значи да држава чланица ужива нахођење (дискрецију) у одлучивању при регистрацији произвођачких организација у пољопривреди. Изузетно, држава *мора* да их призна у следећим областима, ако оснивачи испуне прописане услове: 1) воћарство и повртарство, 2) маслиново уље и јестиве маслине, 3) свиларство, 4) хмељарство и 5) производња дувана.¹² Значи, у признавању (одобравању) организација у другим гранама пољопривреде, држава ужива дискрецију (нпр. житарице, млеко и млечни производи, свињско месо). Држава мора да одлучи о захтеву за признање организације у року од четири месеца пошто га је добила од оснивача. Ако је призна, онда је обавезна и да је редовно надзире у обављању њених послова, као и да јој укине признање, кад престане да испуњава прописане услове или теже повређује прописе.¹³ Свака произвођачка ор-

11 J. Danielsen, 103-106.

12 Уредба, чл. 152, 159.

13 Уредба, чл. 154, 158.

ганизација има право да слободно делује у остваривању својих циљева на целој територији Уније, без обзира која држава чланица ју је призната (тзв. „европски пасош“).

Циљеви ради чијег остваривања могу да се оснивају произвођачке организације јесу исцрпно набројани Уредбом. То су, рецимо: 1) планирање производње према обиму и структури тражње врсте производа за које се организација оснива; 2) груписање понуде и продаја производа на тржишту; 3) оптимизирање производних трошкова и прихода од инвестиција у складу са потребама очувања животне средине и добробити животиња; 4) устаљивање цена производа њихових чланова; 5) истраживање и уношење новина у производњу, као и повећање конкурентности чланова; 6) управљање нуспроизводима и отпадом; 7) доприношење одрживом коришћењу природних богатстава; 8) управљање заједничким фондовима организације. Вредност производа ван области за коју је произвођачка организација основана не сме да пређе 49% укупне вредности производње главних производа њених чланова. То значи да произвођачке организације не смеју да буду сваштарске, већ да буду усредсређене углавном на једну врсту производа. Стога, оне морају да окупљају произвођаче који се углавном баве производњом врсте пољопривредног производа за чију „добробит“ је организација задужена. Све произвођачке организације морају да имају своје статуте са прописаном садржином (нпр. управљање, учлањење, чланарине, престанак), осим оне у млеку.

2. Врсте

Гранске произвођачке организације могу да оснују своја удружења (савезе; *associations of producer organizations*). За настанак удружења неопходно је признање неке државе чланице на захтев било које гранске организације, као оснивача. И у том признавању држава ужива нахођење, као и у признавању произвођачке организације.¹⁴

Поред гранских произвођачких организација и њихових удружења, могу се оснивати и међугранске организације (*inter branch organizations*), ако је производња њихових чланова повезана, а у циљу њиховог усклађивања у ланцу производње. Њихови чланови морају да буду произвођачи укључени у ланац производње и снабдевања тржишта, као и да се баве производњом, прерадом или трговином у различитим гранама пољопривреде. Оне се оснивају на захтев постојећих гранских произво-

14 Уредба, чл. 156.

ђачких организација или њихових удружења, ако испуне прописане услове. Услови су: 1) њихови чланови морају да имају значајан удео у производно-снабдевачком ланцу ради чијег успешнијег рада се оснивају; 2) њихови послови морају да се простиру на једном или више подручја, која су територијално повезана; 3) саме организације не смеју да се баве производњом, трговиним или прерадом производа. Међугранске организације, као и гранске, морају да добију признање неке државе чланице, чији надлежни орган ужива нахођење у одлучивању. Поступак издавања дозвола је онај који важи за гранске произвођачке организације. Циљеви које међугранска организација може да остварује за своје чланове су: 1) усавршавање знања и обавештавање заинтересованих лица о подацима у пољопривредној производњи (нпр. обим, цене); 2) предвиђање производних могућности и евидентирање цена на тржишту; 3) помагање члановима да се ускладе ради боље продаје њихових производа на тржишту; 4) истраживање могућности за извоз; 5) израда нацрта типских уговора и уговора по приступу ради продаје пољопривредних производа на велико или мало; 6) развијање метода за побољшање ваљаности производа.¹⁵

3. „Власт“

Гранске произвођачке организације, њихова удружења и међугранске организације (даље: произвођачке организације) могу да доносе правила у вези са производњом својих чланова и продајом њихових производа, а која су обавезујућа за њихове чланове (нпр. начин пословања, наступање на тржишту, продајне цене, квалитет производа итд.). На захтев произвођачке организације, држава чланица може да својом одлуком прошири обавезујуће дејство њених правила и на лица која јој нису чланови, принуђавајући их да их поштују. Услов јесте да је односна држава сматра организацијом репрезентативном у производњи, трговини или преради одређеног производа. Важење правила може да се прошири само на нечланове који послују на посебном економском подручју на којем послује и односна организација. Репрезентативном може да се сматра само организација чија вредност производње односног производа износи најмање $\frac{2}{3}$ укупне вредности производње свих произвођача на датом економском подручју, укључујући и нечланове (изузетно у млекарству је довољан и удео од 60%), као и да обим производње њених чланова буде већи од 50% укупне производње датог производа на односном економском подручју. Посебним економским подручјем се сматра географско

¹⁵ Уредба, чл. 157, 158.

подручје са суседним производним подручјима, на којим су услови производње и трговине уједначени. Проширење важења правила организације се објављује у службеним гласилима државе која је то подржала, као што о томе односна држава мора да обавести Комисију.

Правила чије се важење проширује на лица која нису чланови произвођачке организације морају да имају неки од Уредбом прописаних циљева. То су, на пример: 1) обавештавање о производњи и продаји; 2) пооштравање производних правила у односу на прописе Уније или држава чланица; 3) израда нацрта типских и приступних уговора у складу са прописима Уније; 4) тржишно оглашавање и наступање (маркетинг); 5) заштита животне средине; 6) рекламирање и искоришћавање могућности производа; 7) мере органске производње; 8) истраживање ради повећања вредности производа; 9) истраживање начина обраде земље и узгоја животиња уз што мању употребу хемијских заштитних средстава (нпр. лекова, пестицида, додатака у исхрани); 10) одређивање минималних квалитета производа и стандарда њиховог паковања и обележавања, 11) заштита здравља биљака и животиња. Није допуштено проширивање правила произвођачких организација ради остваривања осталих циљева, који Уредбом нису набројани.

4. Финансирање

Произвођачке организације се финансирају из чланарина својих чланова, накнада за услуге које пружају и из других извора. Међутим, држава која је признала произвођачку организацију може, на њен захтев, да обавезе и лица која нису њени чланови да доприносе у сношењу трошкова њеног рада (нпр. да плаћају чланарину). Услов за наметање оваквог доприноса нечлановима јесте да односна организација обавља послове од општег економског интереса за сва лица на подручју свог рада, као и да нечланови извлаче корист из њеног рада. Допринос нечланова не сме да буде већи од оног који организацији плаћају чланови. Обавеза плаћања чланарине нечлана била је предмет случаја *Ле Кампион* из 1986. године пред Судом правде.¹⁶

Алберт Ле Кампион је био француски пољопривредник који је одбио да буде члан произвођачке организације за воће и поврће, као и што је одбио да поштује њена правила и одлуке. По француским прописима, произвођачке организације у пољопривреди могле су да прошире важење својих правила и одлука на све произвођаче на географском подручју њеног деловања. Ле Кампион је, међутим, оспорио да

16 Case 218/85 *Le Campion* [1986] ECR 3513, пар. 12-16; J. Danielsen, 105.

подручна произвођачка организација има право да му намеће обавезу да је он обавештава о величини својих обрадивих површина и да јој плаћа чланарину. Кад га је организација тужила пред француским судом, он се браино приговором да су француски прописи, који овлашћују произвођачке организације да проширују важење својих правила и одлука на нечланове, противни прописима Европске заједнице о заједничкој тржишној организацији за воће и поврће. Случај је изнет пред Европски суд правде, који је заузео став да је Ле Кампионов приговор основан. Суд је истакао да држава чланица није више надлежна да доноси допунске прописе кад је правилима Европске заједнице у вези са заједничком тржишном организацијом детаљно уређено одређено питање. Пошто је квалитет воћа и поврћа у Заједници детаљно уређен њеним прописима, те како ти прописи не дају овлашћење које тужилац за себе својата по француским прописима, тужичев захтев је неоснован, јер је противан прописима Заједнице.¹⁷

5. Јавна овлашћења

Посебно значајна улога произвођачких организација јесте та што имају задатак да се баве уравнотежењем понуде и потражње за производима својих чланова. Ако наступи неравнотежа у снабдевању тржишта производима за које су задужене (нпр. знатан пад или раст цена због превелике понуде или тражње одређеног производа), онда могу да сарађују са државама чланицама и Унијом у смиривању тржишта. У случају *велике неравнотеже* на тржишту пољопривредних производа Европска комисија може да изузме правила, одлуке и споразуме произвођачких организација од начела забране повреде тржишне утакмице. То је ванредна мера коју Комисија сме да предузме под условом да се тим изузећем не подрива ваљано функционисање унутрашњег тржишта и да су остале редовне и ванредне мере, које је предузела, остале безуспешне у сређивању стања на тржишту.¹⁸ Тиме произвођачке организације добијају јавна овлашћења, иако су приватне организације.

Комисија може својим прописом да подстакне произвођачке организације (гранске, међугранске и удружења) да раде на прилагођавању понуде потребама тржишта. Не сме се подстицати повлачење производа, произвођа-

17 *Напомена* – Описани случај је пресуђен пре ступања на снагу Уредбе. Пошто Уредба сада изричито даје држави чланици право које Француска није имала по прописима Уније у време пресуђења, вероватно би данас Ле Кампион изгубио описани спор.

18 Уредба, чл. 222.

ча или трговаца са тржишта. Подстицајне мере могу да се односе на: 1) побољшање квалитета производа и услуга; 2) бољу организацију производње, прераде и продаје; 3) олакшавање евидентирања кретања цена на тржишту; 4) допуштање краткорочних и дугорочних прогноза кретања тржишта.¹⁹

Како произвођачка организација може да стекне знатну моћ, постоји ризик њене самовоље и злоупотребе моћи у односу на чланове и трећа лица, укључујући и друге произвођачке организације. Да би се то спречило или сузбило, као и да би се такве организације подстакле да ваљано остварују своје циљеве уз што мање једноставније и јефтиније администрирање послова, Комисија Уније је овлашћена да доноси прописе којим детаљније уређује њихов рад, и то јединствено за целу Унију. Тим прописима може да: 1) одреди циљеве које произвођачке организације могу, морају или не смеју да остварују; 2) уреди правила произвођачких организација; 3) уреди услове за признавање, суспензију и укидање признања произвођачке организације, као и последице тих одлука; 4) уреди организације из више држава и њихова удружења; 5) општа правила о управноправној помоћи надлежних органа задругама са члановима из више држава; 6) начин израчунавања обима и вредности производње организација намењених тржишту; 7) пријем чланова у организацију који нису произвођачи; 8) проширење важења правила организација на нечланове; 8) детаљније услове за постојање репрезентативности организације, као услова за проширење важења њених правила на нечланове. Осим ових питања Комисија је овлашћена да детаљније уреди признавање (одобравање рада) организација које делују у више држава чланица, као и сметње за оснивање, те укидање признања међународним организацијама.²⁰

III Системи уговарања

1. Разлог уређивања процеса уговарања

Пошто су пољопривредници, нарочито они економски слабији, обично разједињени, Унија настоји да их заштити у процесу уговарања продаје њихових производа другим учесницима на тржишту. Реч је о продаји производа трговцима или прерађивачима по тржишним ценама, а не о продаји надлежним откупљивачима по заштитним ценама. За њиховом заштитом у обавезном откупу по заштитним ценама нема потребе, јер су ту пољопривредници ваљано заштићени, а уговори су типски, те су могућности за

19 Уредба, чл. 166.

20 Уредба, чл. 173-175.

преваре и остале злоупотребе мале. Међутим, могућности за злоупотребе су знатно веће, кад произвођачи уговарају продају са трговцима на слободном тржишту. Тада се испољава заштитна улога произвођачких организација.

Постоје два система уговарања продаје на слободном тржишту, а тиме и два начина заштите пољопривредника у том процесу. Први систем је појединачно уговарање произвођача са купцем, а други је заједничко уговарање више пољопривредника, као продаваца, са купцима, преко произвођачких организација.

2. Појединачно уговарање

Заштиту произвођача у појединачном уговарању Унија препушта државама чланицама. Ипак, уредила је основу те заштите прописивањем садржине уговора о продаји између произвођача, као продаваца, и прерађивача односно трговца, као купца. Наиме, ако држава чланица захтева својим прописима да произвођач закључи *писмени уговор* са прерађивачем или трговцем за сваку испоруку својих производа на њеној територији, или да први купац производа учини писмену понуду за закључење уговора о куповини са произвођачем за сваку његову испоруку на њеној територији, онда такав уговор односно понуда мора да има елементе прописане правилима Уније.²¹ Држава чланица не сме да штити произвођаче на својој територији у појединачном уговарању тако да то ремети ваљано функционисање унутрашњег тржишта (нпр. да пружа заштиту само својим произвођачима, а не и оним из других држава чланица). Осим тога, држава чланица може да успостави систем посредовања ради подстицања закључивања уговора, кад се произвођач и купац не могу сами да сагласе о условима продаје.

Писмени уговор мора да се закључи односно купац мора да понуду учини пре него што му произвођач испоручи производ. Разлог обавезивања трговца да са произвођачем закључи писмени уговор односно да му учини писмену понуду временски унапред, односно пре испоруке, јесте у томе што се тиме омогућава произвођачу да у међувремену размисли да ли му је уговор, односно понуда прихватљива. Стога се прописује и њихова обавезна садржина.

Уговор (понуда) мора да садржи нарочито шест састојака. Прво, уговором (понудом) мора да се одреди цена за производ који је предмет испоруке. Цена може уговором (понудом) да буде одређена у тачном износу, као непромењива, или као промењива. Ако је промењива, онда уго-

²¹ Уредба, чл. 168.

вором (понудом) морају да се одреде мерила за њено израчунавање. Мерила могу да буду тржишни показатељи промена тржишних кретања, количина производа (нпр. већа количина – већа цена), његов квалитет (нпр. бољи квалитет – већа цена) и његов састав. Поред цене, уговором (понудом) мора да се одреди јасно још пет састојака: 1) количина и квалитет производа, које продавац мора или може да испоручи, као и време испоруке; 2) трајање уговора, с тим што он може да буде једнократан или трајан, а трајан може да буде закључен на одређено или неодређено време; 3) време и начин исплате цене; 4) начин преузимања или испоруке производа и 5) правила за случај више силе.

Изузетно, уговором произвођача са купцем, односно понудом првог купца произвођачу, може да се одступи од прописане садржине, ако се односи на испоруку купцу који је члан задруге, чији је члан и произвођач, под условом да правила задруге пружају сличну заштиту као правила Уније, која се односе на писмени уговор (понуду). Уговорници слободно уговарају све прописане елементе уговора. Изузетно, ако држава чланица захтева обавезну писмену форму уговора између произвођача и првог купца, онда мора да се одреди најкраће време његовог трајања, које не сме да буде краће од шест месеци, нити да ремети ваљано функционисање унутрашњег тржишта Уније. Исто тако, и понуда првог купца произвођачу, кад мора по закону државе чланице да буде писмена, мора да одреди трајање уговора, које не сме да буде краће од шест месеци, нити да ремети унутрашње тржиште. Произвођач, међутим, има право да одбије овако прописано дуже трајање уговора, под условом да то учини писмено. У том случају уговор мора да садржи остале прописане елементе, осим времена трајања (нпр. цена, начин, време и место испоруке и плаћања цене), при чему их произвођач слободно уговара са купцем. Појединачно уговорање посебно је уређено за произвођачеву испоруку шећерне репе шећерани и за произвођачеву испоруку млека млекарима, али је суштина заштитних правила слична објашњеним општим правилима о заштити у појединачном уговарању.²²

Оваква заштита пољопривредника у односу на откупљиваче данас у Србији јесте само мисаона именица. У њој нема прописаних заштитних цена, ни обавезе откупа пољопривредних производа, тако да су пољопривредници принуђени да продају пољопривредне производе по тржишним ценама. Њих, међутим, одређује неколицина великих трговаца (тзв. тајкуни) својим договором, и то обично на тако ниском нивоу да се пољопривредницима готово не исплати производња. Осим тога, нема обавезе ни закључења

22 Уредба, чл. 125, 148.

писменог уговора пре испоруке, односно давања понуде произвођачу пре испоруке. Најзад, ни у време кад велики трговци купују на велико житарице или друге пољопривредне производе (нпр. воће), што се обично поклапа са жетвом (бербом), не зна се ни тржишна цена житарица и многих других пољопривредних производа, јер откупљивачи (тј. велики трговци) неће да је одреде, нити саопште пољопривредницима, како би их принудили да им их што јефтиније продају. Пољопривредници су принуђени да предају откупљивачима производе на смештај у њиховим складиштима (нпр. силосима, хладњачама), јер немају довољно свог складишног простора. Откупљивачи ускладиштене производе брзо препродају и испразне складишта, па после уцењују пољопривреднике ниским ценама, јер немају производе да им врате, и кад би им њихов повраћај затражили. Реч је о тешким и масовним кривичним делима преваре, утаје и проневере, за које надлежни органи државе ни не покушавају да гоне учиниоце.

3. Заједничко уговарање

Заједничко уговарање је систем којим се настоји да се појединачни произвођачи заштите од моћних трговаца и прерађивача, тако што произвођачка организација, чији су чланови, најпре договори услове продаје производа са купцима. Та организација је стручнија и моћнија него појединачни произвођач, те може да уговори за своје чланове повољније услове продаје са купцима, најчешће састављањем типски (приступних) уговора. Након постигнутог договора произвођачке организације, њени чланови закључују појединачне уговоре о продаји са купцима. Произвођачке организације могу да преговарају и уговарају у свим грамама пољопривреде у име својих чланова са купцима њихових производа, али је Уредбом посебно уређено заједничко уговарање у три гране, и то у маслинарству, говедарству и ратарству.²³

Посебан режим заједничког уговарања у ратарству обухвата више ратарских култура, а нарочито житарице. Услов је да житарице и друге ратарске културе јесу намењене потрошњи или преради (тзв. меркантилна роба), а не сетви (семенска роба). Те културе су пшеница, јечам, кукуруз, раж, овас, тритикал, уљана репица, сунцокрет, соја, пасуљ и грашак. Преговоре ради закључења уговора може да води само произвођачка организација, под условом да јој је један од циљева обједињавање понуде за производе њених чланова и да тиме доприноси значајном побољшању процеса уговарања и функционисању унутрашњег тржишта Уније. Да би

²³ Уредба, чл. 171.

таква организација могла да води преговоре са купцима у име својих чланова мора да обавља бар један од следећих послова: 1) заједничка продаја, укључујући и заједнички превоз; 2) заједничко рекламирање; 3) заједничко организовање контроле квалитета; 4) заједничка употреба опреме и складишта; 5) заједничка наплата потраживања. Наведене послове мора да обавља у знатнијем обиму у погледу количине обухваћених производа, трошкова производње и продаје производа на тржишту.

Да се произвођачка организација у заједничким преговорима и уговарању не би осилила и заузела владајући положај на тржишту на штету такмаца, купаца и потрошача, највећа допуштена количина производа њених чланова, на које сме да се односи заједничко уговарање, износи 15% укупне производње односног производа у држави чланици у којој организација делује. Да би се овај постотак тачно израчунао количински (тј. у апсолутном броју), Комисија Уније објављује податак о укупној произведеној количин сваког производа у односној држави чланици. Међутим, и кад се преговори односе на количину производа мању него што је наведени процентуални „праг“ (тј. прописано ограничење), орган надлежан за заштиту конкуренције има право да забрани преговоре или да наложи да се поново обаве, ако сматра да је се постигнутим договором искључује конкуренција или да се њима вређају циљеви Уније на унутрашњем тржишту (нпр. несметан проток робе, равноправност учесника). Ако заједничко уговарање обухвата само произвођаче из једне државе, онда је орган надлежан за изрицање ове мере заштите конкуренције национални орган оне државе чланице у којој делује произвођачка организација. Ако, међутим, преговори обухватају произвођаче и купце из више држава, надлежна за заштиту конкуренције јесте Комисија Уније.

Поред овог ограничења, које се односи на обим преговора, произвођачка организација подлеже двома забранама, којим је циљ да спрече произвођаче да два пута продају исти производ различитим купцима. Прво, произвођачи у чије име преговара не смеју да буду чланови друге произвођачке организације, која, такође, преговара за исте производе у њихово име. Значи, један произвођач може за одређени производ да буде укључен у заједничке преговоре ради продаје само преко једне произвођачке организације. Друго, произвођачка организација не сме да преговара о продаји производа, које се произвођач већ обавезао да прода на основу свог чланства у задрузи, која није члан произвођачке организације. Ове две забране су заведене због тога што произвођачка организација сме да води преговоре и да уговара продају у име чланова, иако јој они нису пренели својину на својим производима. Стога постоји ризик да произвођачи два пута продају исти производима.

вод разним купцима преко различитих произвођачких организација. То може нарочито да се деси ако се произвођач накнадно предомисли, због тога што није задовољан ценом и другим условима продаје које је уговорила његова организација са купцима. Њој је, осим тога, допуштено да води преговоре и уговара продају име својих чланова, иако договорена цена у преговорима јесте различита од оне која се односи на целу или део количине односног производа њених чланова.

Осим ових сметњи, произвођачка организација мора да испуни још два услова да би заједнички преговори, а тиме и типски уговор који је саставила, били пуноважни. Прво, она мора да обједињава понуду и продају производа својих чланова на тржишту у количини која је обухваћена преговорима. Друго, она мора да обавести надлежни орган државе чланице, у којој делује, о количини производа на које се односе заједнички преговори.

IV Закључак

Иако је Србија у области пољопривреде донела неколико закона, како би помогла и заштитила пољопривреднике, њена помоћ и заштита су недовољни за иоле озбиљнији развој домаће пољопривреде.²⁴ Основни разлог је тај што Србија не прописује заштитне цене пољопривредних производа, нити организује њихов обавезан откуп кад им тржишна цена падне испод прописане, као што то чини Унија. Србија, по узору на Унију, помаже пољопривреднике непосредним новчаним накнадама (премијама), које се одређују према хектару површине обрадивог земљишта (6.000 дин.), грлу стоке или стаблу воћке. Осим тога, исплаћује им регрес у висини наплаћеног им пореза на додату вредност за гориво и вештачко ђубриво, које су купили ради обраде земљишта. Ипак, износи тих подстицаја су занемарљиви у поређењу са подстицајима које добијају пољопривредници у Унији. Најзад, Србија уопште не уређује произвођачке организације у пољопривреди, као што то чини Унија, нити покушава да пољопривреднике заштити преко њих од злоупотреба великих трговаца пољопривредним производима и њихових прерађивача, као што не уређује ни процес уговарања продаје производа пољопривредника купцима на слободном тржишту. Пољопривредници у Србији су данас већином

24 Србија је у области пољопривреде донела четири закона: 1) Закон о пољопривредном земљишту (Сл. гласник РС, бр. 62/2006, 65/2008, 41/2009); 2) Закон о пољопривреди и руралном развоју (Сл. гласник РС, бр. 41/2009, 10/2013); 3) Закон о подстицајима у пољопривреди и руралном развоју (Сл. гласник РС, бр. 10/2013, 142/2014); 4) Закон о финансирању и обезбеђењу финансирања пољопривредне производње (Сл. гласник РС, бр. 128/2014).

тзв. мали произвођачи, који су слабо организовани и разједињени, те су немоћни да иоле равноправно преговарају са трговцима и прерађивачима о примереним ценама својих производа и осталим условима њихове продаје (нпр. о времену исплате цене). Слабости нашег система помоћи и заштите пољопривредницима Србија ће морати да отклони, ако уђе у Унију. Међутим, тада ће вероватно да се јави већи „белај“ по наше пољопривреднике. То је оштра конкуренција снажних пољопривредника из „старих“ држава чланица Уније на њеном унутрашњем тржишту, у које ће се укључити и српско тржиште.

Стога би било пожељно да Србија правно уреди пољопривредне организације и тиме да подстакне удруживање пољопривредника у њих. Тиме би они оснажили свој положај на тржишту, јер такве организације делују, у ствари, као струковне коморе пољопривредника. Оне штите економске интересе пољопривредника у односу на остале учеснике на тржишту пољопривредних производа, чиме уједно преузимају улогу коју на тржишту индустријске радне снаге имају синдикати за раднике.

Nebojša JOVANOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

THE AGRICULTURAL PRODUCER ORGANISATIONS IN THE EUROPEAN UNION

Summary

In this paper there is an explanation of producer organizations, as an element of the Common organization of the markets in agricultural products in the European Union. Beside the explanation of the Common agricultural market organization, it provide a brief history of the EU agricultural policy, the notion of producer organizations, their registration, types, aims and significance in the EU market. It is especially explained their role in protecting the agricultural producers within the contracting process for selling the agricultural products to the merchants and processors. The aim of the paper is to point to one of the methods, by which the interest of agricultural producers are protected in the EU, as well as to the very weak protection of agricultural producers in Serbia.

Key words: *agriculture, agricultural law, producer organizations, European Union.*

Др Марија КРВАВАЦ

**редовни професор на Правном факултету Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици**

Др Јелена БЕЛОВИЋ

**доцент на Правном факултету Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици**

ОДРЕЂИВАЊЕ МЕРОДАВНОГ ПРАВА У ПОГЛЕДУ СТАТУСА ПРАВНИХ ЛИЦА

Резиме

У контексту међународног приватног права државна припадност правног лица представља критеријум на темељу којег се, у случају сукоба закона, врши избор меродавног права. Значај припадности правног лица у колизионом праву последица је чињенице да правно лице директно или индиректно утиче на креирање пословних и других односа у којим су изражени интереси многих правних субјеката. Припадност правног лица као формално-правна веза између тог лица и државе, представља околност која упућује на меродавни правни систем и на тај начин служи као критеријум за разграничење међународне надлежности правосуђа и потенцијално меродавних права. Критеријум за одређивање припадности правног лица одражава стварну везу тог лица са меродавним правним системом. У пракси је присутан проблем заобилажења примене, за правно лице неповољног права и скривање иза фиктивних компанија чија припадност не одражава право у најужој вези са спорним предметом. Разматрање овог комплексног питања аутори базирају на домаћој законској регулативи тј. на одредбама важећег Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, као и на решењима предложеним у Нацрту будућег Закона о међународном приватном праву чије се усвајање очекује, те на пракси Суда Европске уније.

Кључне речи: *правно лице, седиште, место оснивања, меродавно право.*

I Увод

Правна лица, једнако као и физичка, имају правни субјективитет и могу бити носиоци права и обавеза. Одређени круг физичких лица, овлашћених по закону или унутрашњим актом правног лица, може да закључује правне послове и предузима обавезе у сфери пословне способности правног лица.¹ У упоредном законодавству, и доктрини међународног приватног права присутна је неуједначеност у погледу колизионих решења о праву меродавном за правну и пословну способност правних лица, и следствено томе за одређивање круга лица овлашћених за заступање, као и корпуса њихових овлашћења. Путем аналогije и правила у међународним уговорима, може се закључити да треба применити право државе којој правно лице припада. У погледу држављанства, односно припадности правног лица, као тачке везивања, постоји доктринарно неслагање тако да аутори користе оба ова термина. Сигурно је да не постоји знак једнакости између наведених термина, као и да је концепт националне припадности² адекватнији за колизионо везивање правног субјективитета правног лица. Данас мали број држава усваја држављанство правних лица као тачку везивања.³ Наша доктрина једнодушно прихвата становиште које почива на циљном тумачењу чл. 17 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту ЗРСЗ) из 1982. године,⁴ да је право припадности правног лица оно право под које треба подвести статусна питања правног лица. Припадност правног лица представља правну везу између једног правног лица и одређене државе преко које то лице постаје титулар одређених права и потпада под јурисдикцију односне државе.⁵ За разлику од физичких лица која правну способност добијају рођењем, разним облицима удруживања или имовинским масама ово својство може бити придодато тек уколико их нека држава призна као правна лица. Ову „улазницу за

1 О условима за стицање и престанак пословне способности физичких лица више у: Владимир Боранијашевић, „Поступак за лишење пословне способности према Закону о ванпарничном поступку Републике Србије“, *Актуелности грађанског процесног права – национална и упоредна правнотеоријска и практична достигнућа*, Зборник радова са међународног саветовања Правног факултета Свеучилишта у Сплиту, Сплит, 2015, 127-145.

2 У нашој доктрини термин *национална припадност* у: Вук Радовић, „Стечај повезаних друштава – основни проблеми и недоумице“, *Хармониус*, 2014, 279.

3 Stephan Rammeloo, *Corporations in Private International Law*, Oxford, 2001, 28. Тако Грађански законик Шпаније из 1889, измењен Уредбом са законском снагом из 1974. године, чл. 9 пар. 11.

4 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1982, са исправкама у *Службеном листу СФРЈ*, бр.72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.

5 Михаило Јездић, *Међународно приватно право I*, Београд, 1980, 148.

правни свет“ свака држава издаје на основу одређене процедуре и одређених критеријума везаности за сопствени поредак.⁶

II Припадност правног лица у колизионом праву

Значај припадности правног лица у међународном приватном праву не огледа се искључиво у домену сукоба закона, већ и на подручју доступности приватних права странцима и подручју међународне надлежности. Појам државна припадност, најчешће се дефинише као однос између правног лица и поједине државе на темељу којег она стичу права и обавезе. У односу на основаност и практичну важност ове тачке везивања, постоје супростављена становишта у погледу утврђивања припадности правног лица. Она се могу груписати у две међусобно супростављене теорије, односно: теорију стварног седишта и теорију оснивања (инкорпорације).⁷ Према заступницима прве теорије утврђивање меродавног права за статус предузећа, корпорација и других правних лица подлеже праву државе у којој она имају стварно седиште, односно државе у којој испуњавају све формалне услове које односна држава поставља за оснивање и функционисање правног лица. На основу критеријума стварног седишта, држава може дати својство правног лица одређеном субјективитету уколико је оно основано у тој држави, али уз услов да се и стварно седиште налази у тој држави. Премештање стварног седишта из државе оснивања у другу државу, повлачи и промену меродавног статута. У комуни-тарној судској пракси, Суд ЕУ је заузео становиште да праву Заједнице нису противни прописи државе чланице који трговачком друштву основаном према националном праву државе чланице онемогућују пренос његовог седишта у другу државу чланицу, уз истовремено задржавање својства друштва националног права државе чланице према праву које је основано.⁸

6 Михајло Дика, Гашо Кнежевић, Срђан Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном праву и процесном праву*, Београд, 1991, 62.

7 Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право – општи део*, Београд, 2004, 128.

8 Одлука у случају *Cartesio Oktató es Szolgáltató bt* C-210/06 од 16. децембра 2008. Захтев за претходним тумачењем односио се на тумачење чл. 43, 48 и 234 Уговора о ЕЗ. Захтев је упућен у оквиру жалбеног поступка друштва *Cartesio Oktató es Szolgáltató bt* са седиштем у Баји (Мађарска) против одлуке којом је одбијен предлог друштва за упис преноса седишта у италијански судски регистар. Уредба Већа (ЕЗ бр. 2137/85 од 25. маја 1985. о Европском привредном интересном удружењу и Уредба Већа (ЕЗ) бр. 2157/2001 од 8. септембра 2001. о Статусу Европског трговачког друштва, предвиђају за друштва Заједнице која су њима створена, флексибилније одредбе које су економичније и које им допуштају да своје седиште пренесу у другу државу чланицу без претходне ликвидације друштва. Суд који је упутио захтев за претходним тумачењем, истиче да је надлежан суд за трговачки регистар одбио предлог друштва *Cartesio* за упис промене седишта јер друштво основано у Мађарској према мађар-

Заговорници друге теорије полазе од тога да правно лице припада држави по чијим је законима основано, без обзира на стварно седиште, центар пословања или имовину. Ова теорија уважава обзире правне сигурности и заштите права трећих лица којима су у месту оснивања лако доступна обавештења о свим битним питањима везаним за друштво са којим улазе у пословање. Осим тога, место регистрације теже је, или је немогуће променити, што није случај када је реч о седишту. Према англоамеричком схватању, праву места регистрације подлеже не само настанак, делатност и престанак правног лица већ и права, обавезе и одговорност.

Домаће право у чл. 17 ЗРСЗ прописује да се припадност правног лица одређује по праву државе по коме је правно лице основано. Међутим, уколико правно лице има стварно седиште у другој држави, а не у оној у којој је основано, и по праву те друге државе има њену припадност, сматраће се правним лицем те државе. И супротно, уколико супстанцијално право државе у којој се налази стварно седиште негира припадност те државе, сматраће се да правно лице има припадност државе по којој је основано. Овако формулисан концепт припадности правног лица утиче на различита доктринарна тумачења. Прилично нејасно решење резултат је настојања законодавца да комбинује и уважи оно што је добро код примене критеријума места оснивања као и стварног седишта правног лица. Негативне последице које је ово решење имало, у више деценија дугој примени, утицале су на решења која је радна група Министарства правде предложила у новој кодификацији домаћег међународног приватног права тј. у Нацрту Закона о међународном приватном праву (у даљем тексту ЗМПП).⁹ Нови ЗМПП, уопштено гледано, инспириран је решењима предвиђеним у праву Европске уније, којих је на нивоу комунитарног колизионог права у овој области веома мало. За разлику од ЗРСЗ-а, чија је норма у односу на утврђивање припадности правног лица уносила недоумице у тумачењу, предлагач је уредио питање националне припадности правног лица и организације без својства правног лица, тако што она имају припадност оне државе у којој се налази

ском праву, не може преселити у иностранство своје седиште и притом задржати мађарско право као персоналан статут. На питање је ли то друштво које је неоспорно друштво националног права државе чланице, суочено са ограничењем у остваривању свога права на заснивање пословног седишта у другој држави чланице, треба одговорити тако да њима нису противни правни прописи државе чланице који трговачком друштву основаном према националном праву државе чланице онемогућују пренос његовог седишта у другу државу чланицу уз истовремено задржавање својства друштва националног права државе чланице према праву које је основано.

9 Вид. Извештај Проф. Мирка Живковића, председника радне групе за израду Закона о међународном приватном праву, на сајту Министарства правде www.mpravde.gov.rs, 26.4.2016.

јавни регистар у коме су та лица уписана.¹⁰ Уколико до уписа још није дошло, или се не уписује у јавни регистар, Нацртом ЗМПП се предвиђа да правно лице има припадност државе према чијем праву је основано, док организација без својства правног лица има припадност државе према чијем праву је организована.¹¹ Домаћи законодавац, следећи решења претходног, прихвата припадност правног лица (*lex personalis*), као тачку везивања у контексту међународног приватног права на темељу које се у случају сукоба закона врши избор меродавног права. Одређивање садржаја појма државне припадности, сматра се правом сваке државе да својим прописима утврди услове за упис правног лица у јавни регистар. Закон места оснивања тј. регистрације правног лица, и организација без својства правног лица, даје приоритет правној сигурности и предвидивости решења. Реч је о правној сигурности у погледу примене меродавног права, која је резултат једноставности и индивидуализације права припадности. Чињеница да правно лице припада једној држави на темељу уписа у јавни регистар, или према праву по којем је основано, омогућава једноставну и лаку индивидуализацију меродавног права. Критеријум места регистрације одражава позитиван развој и у складу је са савременим европским тенденцијама, а такође подвлачи питања која се односе на људска права и одговорност.¹²

Седиште правног лица као тачка везивања у колизионој сфери користи се за одређивање персоналног права правног лица у многим државама.¹³ Наше међународно приватно право полази од седишта као одлучујуће чињенице која треба да упути на право меродавно за садржину уговора,¹⁴ за једнострану правни посао,¹⁵ као основ опште међународне судске надлежности домаћег правосуђа у грађанским и трговачким стварима¹⁶ и др. Седиште привредног друштва према домаћем Закону о привредним друштвима налази се

10 Чл. 10 ст. 1 Нацрта ЗМПП-а.

11 Чл. 10 ст. 2 и 3 Нацрта ЗМПП-а.

12 Савет Европе, на основу експертизе Dr. Dr. h.c. Christa Jessel-Holst, Dr Ruth Farrugia, *Мишљење о Нацрту Законика о међународном приватном праву Републике Србије*, 22. октобар, 2012, 8, доступно на: www.mpravde.gov.rs, 26.4.2016.

13 Ово правило важи у немачкој судској пракси. У одсуству изричите законске нормe и у Француској, на основу чл. 1837 Code Civil, Аустрији на основу чл. 10 Савезног Закона о међународном приватном праву: „Персонално право правног лица или неког другог удружења лица или имовине које може бити титулар права и обавеза је право државе у којој правни субјект има ефективнo седиште своје главне управе“; у Грчкој на основу чл. 10 Грађанског законика и др.

14 Вид. чл. 20 ЗРСЗ и чл. 186 Закона о облигационим односима и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају, *Службени лист СРЈ*, бр. 12/98, исправке 15/98.

15 Вид. чл. 26 ЗРСЗ.

16 Вид. чл. 46 ст 1, 4, и 5 ЗРСЗ.

у месту из којег оно управља пословањем друштва и које је као такво одређено оснивачким актом или одлуком скупштине.¹⁷ У двостраним уговорима о правној помоћи са Мађарском и са Пољском право седишта је прихваћено као право меродавно за правну и пословну способност правног лица.¹⁸

Место оснивања правног лица, по правилу, одражава тесну везу са државом у којој су испуњени сви услови и спроведене претходне радње да до оснивања правног лица дође. У колизионом праву, место оснивања може имати значај одлучујуће чињенице која ће упутити на меродавно право, односно која ће указати на припадност и персонални статут правног лица.¹⁹ У том смислу, и италијански законодавац предвиђа да је за друштва, удружења, фондације и ма коју другу пословну јединицу, чак и без карактера удруживања, меродавно право државе на чијој је територији извршен поступак оснивања, али се италијанско право не примењује уколико се седиште управе не налази у Италији или се главни предмет тих пословних јединица не налази у Италији.²⁰ Место оснивања се у термилошком значењу често поистовећује са местом регистрације. Спор може настати уколико се поједине фазе оснивања везују за различите државе, што упућује на меродавност права државе по чијим законима је правно лице основано, без обзира на место у којем је дошло до потписивања оснивачког акта. Питање статуса и способности правног лица (оснивање, седиште, име, специјална способност правног лица, његова имовина), регулисана су у Енглеској законима који важе у земљи његовог оснивања, односно регистрације. У нашем праву, место оснивања се до сада ретко користило као самостална тачка везивања, односно најчешће се примењивало у комбинацији са седиштем. Упркос томе, двострани уговори о правној помоћи наше земље

17 Чл. 19 Закона о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 др. закон, 5/2015.

18 Чл. 23 ст. 2 Уговора о узајамном правном саобраћају СФРЈ и Мађарске из 1968. године, *Службени лист СФРЈ – додатак*, бр. 3/1968; измене и допуне *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 1/1987; чл. 20 ст. 2 Уговора између ФНРЈ и Пољске о правном саобраћају из 1960. године, *Службени лист ФНРЈ – додатак*, бр. 5/1963.

19 Из стране судске праксе: Одлука швајцарског Федералног суда ATF No. 117, 1991, 494. Поводом спорног питања постојања правног субјективитета панамског предузећа у одређивању меродавног права Федерални суд пошао је од судске праксе (одлука истог суда у случају *Vernet*, 1950) и сходно томе за статусне односе предузећа применио право статутарног седишта предузећа. Наиме, у то време тачка везивања је била стварно седиште, док нови савезни Закон о међународном приватном праву за статусна стања правних лица предвиђа место регистрације, док је право стварног седишта меродавно само уколико предузеће не испуњава услове према праву земље регистрације (чл. 154 ст. 1 и ст. 2). Извор: www.admin.ch, 26.4.2016.

20 Вид. чл. 25 ст. 1 Закона о реформи италијанског међународног приватног права.

са Румунијом и ЧССР као једино колизионо решење предвиђају примену права државе оснивања правног лица.²¹

III Обим примене меродавног права

Примена права државе чију припадност правно лице има, омогућава јединство примене меродавног права у погледу свих релевантних односа везаних за то правно лице. Као доминантно право, право државне припадности се не темељи само на правној вези између правног лица и организације без својства правног лица и државе регистрације, већ и на његовом економском, друштвеном и политичком значају. Та веза је посебно јака када је реч о правном лицу изразито имовинске природе, као што је то предузеће или нека фондација. Нова колизиона решења за статусне односе правних лица садржана у Нацрту ЗМПП-а почивају на државној припадности правног лица, и упућују на примену права државе у којој су она уписана у јавни регистар, а за организације без својства правног лица на право државе према којем је организација организована. Притом, меродавно право уређује правну природу, правну и пословну способност правног лица, односно организације без својства правног лица; оснивање, правну форму и престанак; име и фирму; организациону структуру; овлашћење органа за заступање правног лица односно организације без својства правног лица; стицање и престанак чланства и остваривање права на основу чланства; одговорност правног лица, њених чланова и чланова њених органа за обавезе правног лица, односно организације без својства правног лица; одговорност за повреду обавеза предвиђених статутом или правом које уређује статус правног лица, односно организације без својства правног лица; страначку и парничну способност.²² Наиме, меродавно право засновано на критеријуму припадности обухвата сва она питања која се квалификују као статусна.²³ Упоредно међународно приватно право различито уређује питање домаћаја меродавног права припадности, што је последица различите квалификације услова оснивања као и познатих облика организовања правних лица у целини. Разлике се тичу ограничења која се у неким земљама односе на страна

21 Вид. чл. 18 ст. 2 Уговора СФРЈ и ЧССР о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима из 1964. године, *Службени лист СФРЈ – додатак*, бр. 13/1964; чл. 21 ст. 2 Уговора ФНРЈ и Румуније о правној помоћи из 1960. године, *Службени лист ФНРЈ – додатак*, бр. 8/1961.

22 Чл. 65 Нацрта ЗМПП.

23 О различитим мишљењима ближе у: Philippe Reymond, „Les personnes morales et les sociétés dans le nouveau droit international privé“, *Le nouveau droit international privé Suisse* (ed. François Dessemontet), Lausanne, 1989, 178.

трговачка друштва, као и на стицање и престанак чланства, обим права и обавеза по основу чланства, прописа о заштити чланова са мањинским уделом итд. Швајцарски законодавац предвиђа да седиште правног лица за привредно друштво има значај пребивалишта, те да се сматра да се седиште друштва налази у месту означеном у статуту или у уговору друштва. Уколико означавање није извршено, седиште друштва се налази у месту из кога се стварно управља друштвом.²⁴ Уопштено говорећи, начелно опредељење за лични статут правног лица трпи значајне изузетке када је реч о конкретним облицима испољавања његовог правног субјективитета у погледу различитих облика пословања у домаћој земљи. Државе за поједине случајеве у којима је потребан опрез и заштита од економске моћи страних компанија, прописују надлежност домаћег права *lex fori*. Реч је о материјалним прописима који имају превасходно заштитно дејство, и не могу да доведу до признања пословне способности страном правном лицу уколико је оно није имало по локалном закону (нпр. у Енглеској страно правно лице не може стећи непокретну имовину ако не испуни све услове које захтева *lex fori*). Француско право поступа још строже и предвиђа да стицање покретности као и непокретности правног лица подлеже условима домаћег права.

1. Обим примене меродавног права за статусне ствари трговачких друштава

Сукоб закона код трговачких друштава може настати од настанка па све до престанка друштва, односно у свим фазама његовог трајања. Меродавно право према припадности трговачког друштва – *lex societatis* обухвата сва питања која се тичу статуса. Настанак трговачког друштва подлеже законским условима у погледу минимума броја чланова друштва, минимума капитала, имена друштва, облика, конститутивног и декларативног дејства сагласности воља оснивача.²⁵ Моменат оснивања трговачког друштва одређује настанак новог правног субјекта и правне последице за чланове друштва и трећа лица. Од момента настанка друштва примењује се *lex societatis* на све статусне ствари што упућује на значај тренутка настанка друштва за решавање сукоба закона. Уговор којим оснивачи одређују облик будућег друштва и преузимају обавезе, подлеже одговарајућим колизионим решењима за облигационе односе (*lex loci contractus*, *lex loci actus* и др.). За статусне ствари које се могу јавити у вези са тим питањима,

24 Вид. чл. 21 ст. 1 и 2 швајцарског ЗМПП, (Савезни закон о међународном приватном праву Швајцарске из 1987. године).

25 Ближе Милан Пак, *Међународно приватно право*, Београд, 2000, 368.

меродаван је персонални статут, односно држављанство физичког лица или државна припадност правног лица које оснива друштво.

Друштво се оснива у циљу вршења одређене делатности. Оснивањем друштва настају и правни односи између чланова друштва. У пословне односе друштво ступа преко својих органа и овлашћених лица чије унутрашње односе као и односе између друштва и његових чланова уређује меродавни статут друштва. Право меродавно за друштво уређује стицање и престанак својства члана друштва, начин и услове преношења чланских права, обим имовинских права и права на саодлучивање, одговорност чланова, заштиту малих акционара итд. Меродаван статут регулише и права из исправе према друштву које је исправу издало као и врсту исправе, али не и право на самој исправи. За та права меродаван је *lex cartae sitae* односно критеријум места налажења исправе, као посебан облик места налажења ствари – *lex rei sitae*. За одређена питања као што је моменат у ком је лице на које је акција пренета постало власник, без обзира на меродавни статут, само право се не може остварити уколико је у супротности са статутом друштва. Надлежност органа и представника друштва, по правилу, квалификује се као статусна ствар за коју је меродаван *lex societatis*, а под исти меродаван статут подлеже и питање увећања и смањења капитала друштва, које се спроводи на различите начине и које зависи од облика друштва.

Трговачко друштво може престати да постоји у једној земљи, па затим да настави живот у другој земљи, путем различитих начина промене субјективитета. Реч је о статусним променама које су од значаја за решавање сукоба закона због промена и различитих околности које их прате. Премештање седишта управе у земљу која узима као битну за статус друштва, с тим да друштво није раније угашено брисањем из регистра земље оснивања на територији друге подлеже праву земље у којој је премештено седиште, без обзира на то што земља ранијег седишта и даље сматра да то друштво има њену припадност по месту оснивања. У ситуацији када неко друштво премести седиште из земље у којој је оно релевантна чињеница за статусне ствари, у земљу која узима у обзир место оснивања, онда друштво, уколико не испуни услове које тражи та друга земља може постати фактичко друштво, уколико у тој другој земљи није за такве случајеве предвиђено допунско правило које се може применити.²⁶ У складу са тим национални судови земаља чланица ЕУ у пракси често захтевају тумачење Европског суда у погледу остваривања једног од основних права гарантованих оснивачким уговорима, права пословног настањивања. Суд је заузео становиште да је у су-

26 Gerhard Kegel, *Internationales Privatrecht*, München, 1995, 36.

протности са Уговором о ЕЗ (чл. 43 и 48) да се друштву, које је основано према праву државе чланице у којој има статутарно седиште (седиште друштва које се наводи у оснивачком акту и статуту), и за које се према праву друге државе чланице претпоставља да је своје стварно седиште управљања преселило тамо, у тој држави чланици одриче правна способност, а тиме и страначка способност пред њеним националним судовима ради остваривања права из уговора који је друштво склопило с друштвом које је основано у тој држави чланици. Дакле, ако је друштво основано према праву државе у којој има и своје статутарно седиште, у другој држави остварује слободу пословања, друга држава је у обавези да поштује правну способност а тиме и страначку коју друштво има према праву државе у којој је основано.²⁷ Швајцарски законодавац је предвидео да меродавном праву подлежу питања правне природе друштва, оснивање и престанак; уживање и вршење грађанских права; име и фирма; организација; унутрашњи односи, посебно односи друштва и његових чланова; одговорност за повреде одредаба акционарског друштва; одговорност за дугове друштва; овлашћење за постављање лица која делују за друштво, у складу са његовом организацијом.²⁸

Оснивање новог друштва после престанка ранијег може бити идентично или потпуно различито у односу на раније. На то могу утицати најразличитије околности, али и мотив промене облика друштва који може бити избегавање обавеза преузетих према повериоцима ранијег друштва или према држави. Управо је спречавање изигравања закона (*fraus legis*) у овој материји имало за циљ постављање ограничења у појединим земљама као што је то учинио швајцарски законодавац и у свом Закону о међународном приватном праву предвидео да се страно друштво у домаћој земљи има организовати у складу са швајцарским правом. Страно друштво ће моћи да изврши премештање уколико је оно допуштено по страном меродавном праву и без отварања поступка ликвидације. Пре него што се изврши упис тог друштва у домаће трговачке регистре мора бити поднет извештај ревизионе комисије која утврђује стање капитала овог друштва.²⁹ Одступање од редовно меродавног страног персоналног права може настати актима актера неког правног односа. Фраудолозно понашање усмерено на примену повољнијег права од редовно меродавног права доводи до одбијања признања

27 *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00 од 5. децембра 2002. Цитирано према: Christa Jessel Holst, Hrvoje Sikirić, Vilim Bouček, Davor Babić, *Zbirka odluka suda EU*, Zagreb, 2014, 223.

28 Вид. чл. 155 швајцарског ЗМПП.

29 Вид. чл. 161 и 162 швајцарског ЗМПП.

результата насталих таквим заобилажењем домаће колизионе норме и у крајњој линији, до примене домаћег права на статус правног лица. Заснивање националне припадности помоћу места оснивања или утврђивањем седишта у статуту правног лица више иде у прилог лицима који приликом оснивања имају фrawdолозне намере него када се национална припадност одређује по месту његовог стварног седишта. Зато државе примењују посебне мере и прописе домаћег права ради заштите виталних интереса домаће економије, који су или део јавног поретка или имају карактер норми непосредне примене.³⁰ Норме непосредне примене на унилатералан начин решавају сукоб закона, али мимо колизионоправне технике. Спорна ситуација подлеже примени тзв. норми обавезне примене када се њима штите највиши државни интереси у ком случају се заобилази колизиона регулатива која може да упути на примену страног права. Још је знаменити француски теоретичар Франческакис (Franceskakis), као норме непосредне примене означио прописе *lex fori* чија је примена нужна ради очувања политичке, друштвене и економске организације државе.

Европски суд је заузео становиште да је у супротности са Уговором о ЕЗ поступање државе чланице која одбија регистрацију пословне јединице друштва основаног у складу са правом државе чланице у којој то друштво има седиште, али у којој не обавља пословну делатност, уколико је подружница требала да омогући друштву да своје целокупно пословање обавља управо у држави чланици у којој оснива пословну јединицу, без оснивања друштва, како би заобишла тамошње прописе о оснивању друштва, који предвиђају строжије услове у погледу минималног оснивачког капитала друштва. Међутим, ово тумачење не спречава надлежна тела те државе чланице да предузму све потребне мере за спречавање или кажњавање превара како у односу на друштво тако и чланове друштва ако они оснивањем желе да избегну своје обавезе које имају према приватним, или јавним повериоцима у држави чланици о којој је реч.³¹

Уколико премештање седишта друштва у другу земљу није дозвољено у земљи ранијег седишта то може имати утицаја да и друга земља не призна то друштво. У земљама које полазе од стварног седишта, преношење друштва се везује за премештање седишта, што може да доведе да се таква промена не признаје у случају да се седиште друштва пренесе у иностранство, или да о дозвољености промене која утиче на статус страног друштва,

30 Вид. Bernard Audit, *Fraus legis en droit international privé*, Paris, 1974, 149.

31 *Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, C-212/97 од 19. марта 1999.

које се преноси у домаћу земљу одлучује право ранијег седишта.³² У нашем позитивном међународном приватном праву између места оснивања и места стварног седишта управе друштва даје се приоритет месту седишта, што би значило да ако је неко друштво у једној земљи преместило седиште у другу, која сматра да има њену припадност, онда ће то бити прихваћено и у нашем праву. У складу са тим треба прихватити и промену припадности страног друштва које је преместило седиште из једне стране земље у другу страну земљу, која признаје такву промену.

Нацрт српског ЗМПП у погледу статусних промена предвиђа да су за спајање и друге статусне промене правних лица као и организација без својства правног лица меродавна права држава у којима су она уписана у јавни регистар, односно основана или организована.³³ Тренутак окончања статусне промене одређује се према праву које на основу овог закона предвиђено као меродавно (чл. 64).³⁴

IV Закључак

Упоредни преглед и анализа законских решења и ставова судске праксе показује разлике у самом поимању појама персоналног статута, као и у третирању обима његовог дејства када је реч о правним лицима. Поред терминолошке недоследности у формулисању персоналног статута (држављанство правног лица, припадност правног лица, национална припадност правног лица...), постоје бројне разлике у погледу критеријума за његово утврђивање. Нови ЗМПП Републике Србије, који је у статусу нацрта, у уводним одредбама уређује питање државне припадности правних лица као и оних организација које немају то својство, везујући га за критеријум места регистрације. Дакле, предлагач остаје при теорији инкорпорације правног лица, која иначе превладава теорију седишта због одлука Суда ЕУ у случају *Centros*, а посебно у случају *Überseeng* о којима је већ било речи. Сматрамо веома добрим решењем опредељење предлагача да у уводним одредбама аутентично дефинише појам државне припадности правног лица (проширујући дефиницију и на припадност организације без својства правног лица), чиме се сужава простор за арбитражност од стране примењивача будућег закона. Проблем одређивања националне припадности правних лица, нарочито је актуелан у садашњим друштвеним приликама праћеним све-присутним трендом глобализације, где не представља реткост ситуација да

32 Пример немачке праксе, ближе у: Bernhard Grossfeld, *Internationales Privatrecht*, 1970, 366.

33 Чл. 66 ст. 1 Нацрта ЗМПП.

34 Чл. 66 ст. 2 Нацрта ЗМПП.

се једно правно лице везује за више различитих земаља. Одређене разлике јављају се и када је реч о одступању од примене меродавног права у циљу заштите јавног поретка или у погледу примене установе *renvoi* (узвраћање и упућивање) на даље право.

Marija KRVAVAC, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Priština in Kosovska Mitrovica

Jelena BELOVIĆ, PhD

**Assistant Professor at the Faculty of Law University of Priština
in Kosovska Mitrovica**

THE STATUS AND CAPACITY OF LEGAL PERSONS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

The topic of this article is the question of applicable law concerning the status of legal persons in Private International Law. According to the Serbian conflict of law rules the nationality of legal persons is perceived as a connecting factor. Rules of Serbian final Draft PIL Code enhance legal certainty and creditor protection. The Draft pledge for an incorporation principle that to a greater extent, than the company seat principle, enables legal certainty.

Freedom of establishment is guaranteed by the Article 49 (ex. art. 43 TEC) of the TFEU. Furthermore, according to the actual wording of Article 54 TFEU, „companies or firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principle place of business within the Community shall for the purposes of this Chapter be treated in the same way as natural persons who are nationals of Member States“. Where a company formed in accordance with the law of a Member State in which it has its registered office exercises its freedom of establishment in another Member State, which requires recognizing the legal capacity and, consequently, the capacity to be party to legal proceedings which the company enjoys under the law of its State of incorporation.

Key words: *legal persons, status, capacity, applicable law, seat, incorporation.*

Др Јадранка ДАБОВИЋ-АНАСТАСОВСКА
редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“
при Универзитету „Св. Кирил и Методи“ у Скопљу

Др Ненад ГАВРИЛОВИЋ
доцент Правног факултета „Јустинијан Први“
при Универзитету „Св. Кирил и Методи“ у Скопљу

РАСКИД УГОВОРА УСЛЕД НЕИСПУЊЕЊА ПРЕКО УВОЂЕЊА КОНЦЕПТА БИТНЕ ПОВРЕДЕ УГОВОРА У МАКЕДОНСКОМ ПРАВУ

Резиме

У овом ће раду аутори прво приказати концепт битне повреде уговора (енг. *fundamental breach of contract*) у међународним изворима уговорног права. Кроз кратак приказ решења из међународних извора и практику њихове примене, идентификоваће потребу за измене и допуне македонског законодавства.

У раду аутори анализирају предложене измене и допуне у смеру побољшања законских решења и приближавања македонског уговорног права до савремених текова у погледу института раскид уговора због неиспуњавања путем увођења концепта битне повреде уговора.

Коначно, аутори образлажу ефекте које очекују да ће се постићи увођењем овог концепта у национални правни систем, истовремено осврћући се на питања која остају отворена за даљу анализу и евентуално законско (пре)уређење.

Кључне речи: раскид због неиспуњења, битна повреда уговора, фиксни уговори, раскид по сили закона, CISG, UNIDROIT, PECL, CES.

I Актуелни моменат

Раскид уговора услед неиспуњења и увођење концепта битне повреде уговора био је један од актуелних тема при изради Нацрта Треће књиге Грађанске кодификације Републике Македоније.

Ако се узме у обзир аспирација правног система Републике Македоније према међународним и европским стандардима, увођење концеп-

та *битне повреде уговора* у македонском уговорном праву, оцењује се као важан корак који се треба предузети. То би допринело *јачању објективне концепције повреде уговора у случају неиспуњења*.

Кораци ка увођењу ових правила били су предузети, како што смо споменули, при изради Грађанског законика Републике Македоније. Наиме, Влада Републике Македоније је усвајањем Одлуке о оснивању Комисије за израду Грађанског законика Републике Македоније¹ и формално започела процес кодификације грађанског права у земљи. Циљ процеса није да само систематизује посебне делове грађанског права у јединствену целину, него да у том процесу омогући и оцену постојећих решења и њихову одговарајућу измену у циљу имплементације савремених стандарда у области грађанског права, као и због одговора потребним савременом промету роба и услуга. У оквиру Комисије била је формирана посебна Радна група² која се фокусира на Уговорно право, тј. Закона о облигационим односима. Рад се Радне групе, са своје стране, правотехнички изводи као процес измена и допуна Закона о облигационим односима.

Стога би споменули би, да се процес развоја грађанске кодификације одвија постепено.³ Због тога, нека концептуална питања у вези њеног усвајања и ступања на снагу остају отворена, у зависности од степена прогреса израде преосталих књига Грађанског законика Републике Македоније. Стога, начелно није искључено, да се предложене интервенције у Закону облигационих односа изведу као усвајање потпуно новог Закона о облигационим односима, који би се касније могао укључити као Трећа књига Грађанског законика Републике Македоније.

II Уводне напомене

Уговор се мора испунити онако како гласи, што је у релацији са максимумом *pacta sunt servanda*.⁴ Наведена максима предвиђа да ће стране испунити своје обавезе (тј. обавезу, ако је уговор једностранообавезују-

1 Одлука о формирању Комисије за израду Грађанског законика Републике Македоније, *Сл. новина РМ*, бр. 4/2011 и 19/2012. Проф. др Јадранка Дабовић Анастасовска је члан комисије.

2 Професор Јадранка Дабовић Анастасовска је Председник радне групе, а доц. др Гавриловић и доц. др Здравева су чланови радне групе

3 Драфт текст књиге 3: Облигациони односи, је утврђен на седници Комисије 07.11.2013. године Комисија, је, исто тако, једногласно закључила да се организује јавна расправа за утврђен текст која би се одвијала секторски, тј. одвојено сектор правосуђа, сектор адвокатуре, сектор нотаријата, сектор извршиоци и сектор привредне коморе.

4 О модалитетима клаузуле и увођења могућности за раскид уговора види више, Гале Галев, Јадранка Дабовић-Анастасовска, *Облигационо право*, 3. издание, Скопје, 2012, 543-544.

ћи) с тиме да ће доћи до престанка уговора путем испуњења (ЗОО, чл. 284, ст. 1). Међутим, све ово важи уколико стране поступају онако како су се договориле. Уколико стране поступају супротно начелу савесности и поштења, оне крше своје обавезе,⁵ па постојање опасности да се уговор не испуни од једне или друге стране, изискује предвиђање правних ефеката и могућности у случају његовог неиспуњења. Логика могућности да се уговор раскине због неиспуњења је да се другој страни омогући правно средство којим ће реаговати на несавесно поступање стране која није испунила своје уговорне обавезе. Другим речима, раскид због неиспуњења је инструмент који одражава једнакост страна, као последице начела једнакости и равноправности (ЗОО, чл. 4). Раскид уговора због неиспуњења се налази ван могућности раскида уз обострани пристанак страна, када, у ствари, права и обавезе уговорних страна престају путем исте координације воље са којом су претходно настале. Тако посматрано, раскид због неиспуњења је само правни одговор на неиспуњење као повреде уговорне обавезе. Овај се тип раскида може појавити или законитим путем или путем једностране изјаве воље.

Раскид уговора се најчешће јавља у ситуацији теретних уговора, односно уговора у којима се за оно што се даје, кошта, уздржава или трпи, дугује противвредност,⁶ и то у случајевима где једна од уговорних

5 Наравно, све ово подразумева да је уговор пуноважно скључен између страна, односно да не постоји разлог за ништавност или рушљивост уговорне обавезе. У овом случају, стране би имале право да уговор прогласе неважећим или да се исти поништи. Укратко, пуноважно се може испунити само онај уговор који је пуноважно и настао, тј. онај уговор који нема аномалије, било у смислу испуњавања услова за настанак уговора, било у смислу испуњавања услова за његову пуноважност. У супротном, ради се о иницијалној манљивости првобитног уговора, који резултира или са ненастајањем уговора или са његовим ретроактивним поништењем. Вид. Јадранка Дабовић-Анастасовска, Ненад Гавриловић, „Неважност уговора у македонском праву“, *Правни живот*, бр. 11/2007, 770. Раскид уговора подразумева нешто другоодузимање правног дејства уговора, откад је ово дејство већ настало. Баш након тога, раскид уговора се разликује од ништавости уговора.

6 Стога, спорна је номенклаура која се појавља код раскида уговора, како ЗОО говори за двостране уговоре. Питање које се овде поставља је да ли закон под појмом двостран уговор идентификује двостранообавезујући или теретни уговор. Наслов Поглавља II, Одељак 1, члан 5. ЗОО гласи двостран споразум. Тако, у чл. 110, ст. 1. се говори на уговор за надокнаду, док чл. 113. говори о двостраном уговору. Ово је последица текста Скице, која у чл. 89, ст. 1. говори за уговор уз надокнаду, члан 93, ст. 1. се односи на двострани уговор. Хрватски Закон о обвезним односима – ЗООХР, *Народне новине*, бр. 35/05, 41/08 и 125/11, на пример, у чл. 357, ст. 1. говори о наплатном уговору, док чл. 360. двостранообавезујућем уговору. У теорији се међутим, различито класификују уговори који могу бити раскинути због неиспуњења. Негде срећемо да се ради о двострано наплатном уговору, вид. Борис Визнер, *Грађанско право у теорији и пракси*, Загреб,

страна не испуњава своју обавезу. Овде долази до повреде начела еквивалентности, тј. начела једнакости узајамне користи (ЗОО, чл. 8). Страна која има право да тражи раскид уговора због неиспуњења, би била стављена у неравноправан положај. Исто тако, важно је напоменути да се раскид уговора због неиспуњења треба разликовати од других случајева престанка уговора, а то је раскид због неправилног испуњења и раскид због промењених околности - које се заснивају на различитим чињеничним основама. У првом случају, ради се о испуњењу оног што је реално уследило, али има неке недостатке, физичке или правне (ЗОО, чл. 110, 467, 476, 496 и 498). У другом случају, уговор се може раскинути због допунске промене чињеничне основе која је постојала у време скључења уговора, а због које је промене настала потешкоћа у испуњењу обавеза једне стране или се не може постићи сврха уговора (ЗОО, чл. 122).

С обзиром на ове принципе система раскида уговора због неиспуњења у македонском облигационом праву, у овом раду ћемо покушати да одговоримо на питања како се оно даље треба развијати. У ту сврху ћемо анализирати правила у међународним изводима уговорног права, али и практика њихове примене, како би се добиле основе које оправдавају промену система. У раду ће се даље направити приказ и образложити измене и допуне које се предлажу у смеру увођења јединственог система за раскид уговора због њихове повреде.

1962, 523; док се на другом месту истовремено користи терминологија теретних и двостранообавезујућих уговора, вид. Оливер Антић, *Закон о облигационим односима*, Београд, 2007, 400. Ове дилеме произлазе из неједнаког поимања разлике између теретних и двостранообавезујућих уговора (вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Београд, 1986, 204; Јаков Радишић, *Закон о облигационим односима - Општи део*, Београд, 2004, 127; Михаило Константиновић, *Облигације и уговори - скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 2006, 17; Стеван Јакшић, *Облигационо право - општи део*, Сарајево, 1962, 133). Други део теорије је јасан да се због неиспуњења раскидају теретни уговори, вид. Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Београд, 1974, 147. Ми се слажемо са последњим ставом. Према тексту закона, када је реч о правилу о истовременом испуњењу, каже се да код двостраних уговора ни једна страна није дужна да испуни своју обавезу ако друга страна није спремна да истовремено испуни своју обавезу (ЗОО, чл. 111, ст. 1). Не улазећи у дилему да ли су уговори под старим правним правилима били реални (послуга, остава, зајам, ручни залог) су сада једностранообавезујући или двостранообавезујући, можемо рећи да је очигледно да закон предвиђа да се обавезе обе стране могу извршити и истовремено, а то је могуће само у уговору са надокнадом, а не би било могуће за послугу, уколико се она сматра двостранообавезујућим уговором код кога међусобна права и обавезе не настају истовремено.

III Полазне основе за увођење концепта битне повреде уговора у македонском облигационом праву

У изградњу концепта о увођењу битне повреде уговора у македонском праву, посебно се узимају у обзир решења садржана у Конвенцији Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе,⁷ одредбе начела UNIDROIT о међународним трговачким уговорима (2010),⁸ начела европског уговорног права,⁹ нацрт заједничког референтног оквира¹⁰ и Предлог Регулative Европског парламента и Савета о заједничком европском праву продаје.¹¹

Концепт битне повреде уговора је значајан у погледу врсте повреде која је довољна за раскид уговора због неиспуњења. Концепт се заснива на томе да ће бити важно да се утврди која се од обавеза из уговора сматра „битном“, па се њено неиспуњење може сматрати разлогом за раскид уговора због неиспуњења. Међународни извори, за разлику од ЗОО нуде неке критеријуме на основу којих ће се утврдити да ли конкретна повреда може да доведе до раскида уговора због неиспуњења, али и због делимичног испуњења. У ЗОО, битна повреда је везана само за фиксне уговоре, односно за рокове, а не и за неке друге околности које се могу сматрати битном повредом уговора,¹² а које се заснивају на суштину обавезе која је повређена.

Према чл. 25 CISG, повреда уговора једне од уговорних страна ће се сматрати суштинском ако се њоме изазове таква штета другој страни која је суштински лишава оног које је оправдано очекивала од уговора, осим ако такву последицу није предвидела страна која чини повреду, ни-

7 Енг. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* – CISG.

8 Енг. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010)* – UNIDROIT Principles 2010.

9 Енг. *Principles of European Contract Law* – PECL.

10 Енг. *Draft Common Frame of Reference* – DCFR.

11 Енг. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law [COM(2011) 635 final]* – CESL.

12 Јелена Вилус, *Општи услови формуларних уговора*, Београд, 1976, 292-294. У Скици је постојала јасна дефиниција тога шта се сматра значајном повредом уговора (чл. 95, ст. 1. иако она говори о случајевима када неиспуњење уговора у датом року представља значајну повреду уговора, вид. чл. 94, ст. 1). Вероватно због тога, ЗОО прави разлику између раскида фиксних и нефиксних уговора. У сваком случају, изгледа да ни сама Скица није у довољној мери прихватила концепт CISG, на начелном нивоу (претходно Хашки једнообразни закон о међународној продаји робе, чл. 10). У члану 417, међутим, Скица не везује значајну повреду са роком, када говори о правима купца у случају материјалних недостатака продате ствари.

ти би је предвидела разумна особа са истим својствима у истим околностима. Ова дефиниција показује да постоји широко позиционирање битне повреде уговора, и то не само код фиксних уговора,¹³ како у погледу укупног тако и у смислу делимичног неиспуњења. Примена CISG у решавању конкретних спорова даје поглед специфичног схватања битне повреде уговора. Што се тиче очекивања од уговора, пракса одређује да неиспуњења обавезе плаћања цене претставља основ за раскид уговора.¹⁴ У погледу испуњења у фиксном року, пракса по члану 25. CISG наводи да је кашњење испуњења суштинска повреда уколико је рок у којем се обавеза испуни од посебног интереса за уговорну страну (у случају, Купца) и његов интерес за испуњење после рока или не постоји или је занемарљив, с тиме да је ово морало бити познато другој уговорној страни (у случају, Продавцу) у време скључивања уговора.¹⁵ Притом, кашњење, које произ-

13 Јелена Вилус, *Обвезно право, друга књига*, Загреб, 1981, 86.

14 Арбитражни савет Коморе привреде и индустрије Руске Федерације, предмет бр. 53/1998 од 5. октобра 1998. Године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981005rl.html#ua>, 28. фебруар 2015. године. У том случају, руска компанија, продавац, тужи мексичку компанију, купца да плати цену за испоручену робу за комисије продају. У складу са уговором, у случају да роба остане непродата у року од две године, право власништва над њом стиче комисионар – купац, за шта плаћа цену. Две године након испоруке робе и даље остаје непродата, односно право власништва над њом стиче купац, али он није испунио своју обавезу да плати цену. Арбитражни савет сматра да у складу са чл. 25. и 64. CISG, продавац има право да суспендује испуњење и/или раскине уговор. Арбитражни савет процењује да споразум треба да буде раскинут због материјалне повреде обавеза од стране купца и продавац има право на накнаду за укупну цену од ствари чији је власник постао купац. Слично томе, у предмету пред Арбитражном комисијом за међународну економију и трговину Кине, одлука од 10. маја 2005. године (случај шешири – *Hat case*, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050510cl.html#uab>). Арбитража налази да је неиспуњење обавезе купца за плаћање цене робе озбиљна повреда уговора у складу са чл. 25. CISG. У том случају, продавац (компанија из Кине, тужилац) закључује 14 уговора са купцем (компанија САД, тужени) за набавку шешира. Продавац продаје шешире купцу преко трећег лица задуженог за транспорт, царину и повезане задатке. Прва уплата се врши трећем лицу које преноси цену продавцу, али потом купац касни са обавезама плаћања у више наврата, иако је продавац поднео бројне захтеве. Стране закључују додатни уговор, али када купац поново не плаћа, овај уговор је раскинут и продавац закључује уговор директно са клијентом купца, који плаћа цену продавца. Продавац тужи купца пред арбитражом за неплаћене цене. Захтев је усвојен.

15 Окружни суд Келн 29 мај 2012. [88 о 57/11] [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/120529gl.html>] (28. фебруар, 2015)]. У случају немачког издавача (купца), тужилац, скључује уговор за штампање рекламног материјала са италијанском штампаријом (продавац), тужени, који обавља штампање у Кини. Штампани материјали се треба ју доставити у супермаркет конкретног датума када почиње промотивна понуда. Пре истека рока за испуњавање продавац обавести купца да због недостатка папира за штампање у Кини рок за испоруку треба да буде продужен. Ку-

лази из другог случаја, се не претпоставља. Тако, суд у такозваном *железно-молибденом случају* у погледу кашњења са испуњењем као повреде уговора, сматра да, иако се кашњење генерално не сматра озбиљном повредом уговора, оно ипак може претстављати битну повреду уколико је у време скључења уговора продавцу било очигледно да је испорука у тачно одређеном тренутку од посебног интереса за купца.¹⁶ У истом случају, а у погледу начина раскида уговора, суд сматра да *није неопходна експлицитна изјава о раскиду* чим продавац одбије да испуни своју обавезу и да испоручи робу и да је инсистирање на таквој изјави у супротности са принципом савесности и поштења (CISG, чл. 1). Као битну повреду уговора сматра се делимично (не)испуњавање или неиспуњење једне (прве) од узастопних обавеза. У случају¹⁷ да суд утврди да је купац имао право на једностран раскин уговора јер продавац није испунио прву у низу испорука робе, па му ово неиспуњење даје за право да верује да за све даље доставе може очекивати битне повреде уговора (CISG, чл. 49, ст. 1 б), чл. 73, ст. 1 и 2). С друге стране, у случајевима када испуњење обавеза није са фиксним роком, делимично (не)испуњење ће се сматрати озбиљном повредом.¹⁸ Из праксе, а у складу са чланом 25. CISG произлази да се и не-

пац захтева да се штампање да наступају реализује у Италији, али продавац ово условљава исплатом заосталих дугова (из претходне трансакције) и подношење гаранције у погледу цене (који је договорена у претходној трансакцији, али не и у овој) на шта се купац не слаже. Купац раскида уговор у наводећи да је склопио уговор са трећом страном. Купац тужи продавца захтевајући надокнаду штете и суд прихвата захтев.

- 16 Апелациони суд Хамбург 28. фебруар 1997. (гвожђе-молибден случај (Гвожђе молибден случај)) [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228gl.html> (28. фебруар, 2015)]. У овом случају, енглески купац, тужилац, и немачки продавац, тужени, скључују уговор о набавки гвожђа-молибдена из Кине, САФ Ротердам, испорука у октобру 1994. Године. Роба никад није испоручена купцу, обзиром на то да је продавац није добио од свог добаливача из Кине. Након истека додатног рока за испуњење, купац сукцесивно скључује уговор са трећом особом и тужи продавца за разлику између плаћене цене (трећем лицу) и уговорене цене. Суд прихвата захтев.
- 17 Привредни суд у Цириху, 5. фебруар 1997. године (случај сунцокретово уље), доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970205sl.html#ua>, 28. Фебруар 2015. године. То је случај када је немачки купац, тужилац, скључио уговор са француским продавцем – тужени за испоруку у Румунију од 2 до 4 милиона литара сунцокретовог уља месечно по одређеној цени. Иако је купац одмах уплатио прву испоруку, продавац није послао робу у Румунију. Продавац је изјавио да раскида уговор и да тужи продавца за повратак исплаћеног и за надокнаду штете, што је и досуђено.
- 18 Апелациони суд Диселдорфа, 24. април 1997. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970424gl.html#ua>, 28. фебруар 2015. године. У случају, италијански произвођач, тужилац, је продао ципеле немачком купцу, оптуженом, али није испоручио уговорену количину. Произвођач је захтевао делимичну исплату цене. Купац од њега

испуњење одређених, неких наизглед мањих, обавеза може сматрати значајном повредом уговора. Тако, *одбијање да се благовремено достави гаранција*, је према суду недвосмислено значајна повреда у смислу члана 25. и члана 64, ст. 1. а) Конвенције, у околностима¹⁹ у којима се може сматрати да неиспуњење „обавезе да плати цену“ робе у смислу члана 54. CISG, који предвиђа да обавеза купца да плати цену укључује и предузимање корака и поштовање формалности у складу са уговором или којих било закона и регулатива који омогућавају да се плаћање реализује. У погледу члана 25. о (не)предвидљивости последица, пракса упућује на примену специфичности одређене струке и стандарда у њој као критеријум за утврђивање да ли постоје значајни недостаци или да ли су се одређене последице могле предвидети.²⁰

захтевао надокнаду штете настале од неиспуњења и право да суспендује исплату до испоруке преостале количине ципела. Суд допушта захтев тужиоца (CISG, чл. 51, ст. 1). Он наводи да купац није имао право да раскине уговор, право које је основано на његов захтев за надокнадом штете. Основни услов, како наводи суд, за раскид уговора у складу са чланом 49, ст. 1. CISG, је или значајна повреда уговора или неиспуњење у додатном примерном року за испуњење. Суд сматра да делимично испуњење не представља значајну повреду уговора (CISG, чл. 49, ст. 1. а), јер неиспуњење договореног датума због тога ће представљати значајну повреду уговора само уколико је испуњење у датом року од посебног интереса за купца од чега би продавац могао предвидети да би купац преферирао неиспуњење радије него одложено испуњење (на пример, испоруке сезонске робе) (CISG, чл. 25).

- 19 Врховни Суд Квинсленда (*Downs Investments Pty v. Perwaya Steel SDN BHD*) 17. новембар 2000. године, доступно на адреси: <http://hhttp://cisgw3.law.pace.edu/cases/001117a2.html#uab>, 28. фебруар, 2015. године. Аустралијски продавац, тужилац, скључио уговор са малезиским купцем, туженим, за набавку и испоруку „старог гвожђа“, од Аустралије до Малезије. У складу са уговором, купац је требао да достави гаранцију у корист продавца пре испоруке. Кратко пре него што је требало да достави гаранцију, код купца долази до промене у структури и менаџменту. Према новој структури управљања, купац је обавезан да обезбеди сагласност Извршног одбора пре него што обезбеди гаранцију. Купац није успео да достави гаранцију на захтев продавца, јер извршни одбор није успео да донесе одлуку у кратком временском периоду. Када је купац о овоме обавестио продавца, он је одбацио наводе купца за немогућност испуњења уговора и исти је раскинут. Суд је уважио његов захтев за надокнаду штете која је настала услед раскида уговора.
- 20 Виши покрајински суд у Мурицији, 25. мај 2012. године, доступно на адреси: <http://hhttp://cisgw3.law.pace.edu/cases/120525s4.html#uab>. Стране у спору, шпански продавац, тужени и холандски купац, тужилац, су закључили низ уговора о међународној продаји црвеног чилија у праху. Део испоручене робе (пет испорука) су садржале недозвољене боје, које су, према купцу, направиле робу неодговарајућу за људску употребу што представља важан недостатак и значајну повреду. Због тога он захтева надокнаду трошкова и штете у складу са чланом 25. и 35, ст. 2. а) CISG. Суд сматра да у четири од пет испорука, према направљеним анализама, постоји мала контаминација бојама која није резултат намере политике продавца, него је инцидентална и продавац нема обавезу да повуче и уништи робу. У случају пете испоруке, суд сматра да конта-

UNIDROIT Начела 2010 одређују да страна има право да раскине уговор уколико се неиспуњење друге стране сматра значајним (чл. 7.3.1. 1)),²¹ с тим да у складу са чл. 7.3.1. 2) за квалификацију неиспуњења ће се као значајно узети у обзир нарочито дали: а) неиспуњење суштински лишава оштећену страну од онога што је имала право очекивати од уговора, осим ако друга страна није предвидела и не није могла предвидети такве последице; б) стриктно поштовање обавезе која није испуњена је од суштинског значаја за уговор; в) неиспуњење је намерно или из немарности; г) неиспуњење даје оштећеној страни за право да верује да се не могу ослонити на будућем складу од стране друге стране; д) страна која није испунила обавезу ће претрпети несразмерно велики губитак као последицу припрема или испуњења ако се уговор раскине.

С друге стране чл. 8: 103 PECL предвиђа да је неиспуњење обавеза од суштинског значаја за уговор уколико: а) је стриктно поштовање обавеза од суштинског значаја за уговор; или б) неиспуњење суштински лишава оштећену страну од онога што је са право очекивала од уговора, осим ако друга страна није предвидела и није могла предвидети овакву последицу; или в) неиспуњење је намерно и даје оштећеној страни разлог да верује да се не може надати будућем испуњењу од друге уговорне стране.

Члан II.-3: 502 DCFR прописује да само битно неиспуњење дужника даје право повериоцу да раскине уговор (вид. члан III.-3: 502 1)), с тиме да се дефинишу критеријуми када ће се неиспуњење сматрати битним (суштинским). Тако, у сагласности са чланом III.-3: 502 2) неиспуњења уговорних обавеза ће се сматрати суштинским ако: а) сукцесивно лишавају повериоца од онога које је са правом могао очекивати у складу са уговором, примењено на целину или на релевантне делове испуњења, осим у време закључивања уговора дужник није предвидео или није могао предвидети тај резултат; или б) неиспуњење је намерно или из немара

минација превазилази дозвољени од стране европског законодавства ниво. Та је роба делимично произведена љуском паприке које је продавац набавио из Узбекистана. Продавац у том погледу тврди да, као што је предвиђено чланом 79. CISG, ефекат није могао да буде предвиђен. Суд, са друге стране, сматра да није испуњен критеријум непредвидивости, поготово што компанија послује у сектору где је безбедност неприкосновена.

21 Сматра се да то треба да буде материјална повреда, тј. да се не ради о безначајној важности. Вид коментар чл. 7.3.1 1) *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010)*, UNIDROIT Institute for the Unification of Private Law, Rome, 2010, дотупно на адреси: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, 28. фебруар 2015. године, 250.

и даје повериоцу разлог да верује да се не може надати будућим испуњењима дужника.

Предлог Регулатива о заједничком европском праву продаје, члан 87. одређује појам неиспуњења и даје смернице када се неиспуњење сматра важним. Тако, у складу са чл. 87, ст. 1. CESL за неиспуњење обавезе, без обзира да ли је оно оправдано или не, обухвата: а) неиспоручивање или касно испоручивање робе; б) необезбеђивање или касно обезбеђивање дигиталног садржаја; в) испоручивање робе која није у складу са уговором; г) обезбеђивање дигиталних садржаја који није у складу са уговором; д) неплаћање или касно плаћање цене; и њ) било које наводно испуњење које није у складу са уговором. Поред тога, у складу са ставом 2. истог члана неиспуњење уговора било које стране се сматра битним ако: а) битно лишава другу страну онога што је са правом могла очекивати од уговора, осим ако у време закључивања уговора страна која неиспуњава обавезе није предвидела или није могла предвидети тај резултат или б) или је такве природе да чини јасним да се не може надати испуњењу од стране које није испунила обавезу.

IV Концепти битне повреде у Нацрту Треће књиге грађанске кодификације Републике Македоније насловљеном Закон о облигационим односима

Новина уведена концептом битне повреде се, генерално, односи на правне лекове у случају постојања битне повреде уговора. У оваквим ситуацијама наине, поверилац је овлашћен да одмах раскине уговор без остављања дужнику додатног примерног рока за испуњење обавезе.²² Раскид се с тим ефектуира једностраном изјавом воље, са правним дејством након пристизања исте дужнику. У другим ситуацијама, или у ситуацијама када се повреда уговора неће сматрати битном, повериоц ће бити дужан да остави дужнику додатни примерни рок за испуњење обавезе. Након истека овог рока, уколико не уследи договорено испуњење, активира се могућност да поверилац једнострано раскине уговор. Укратко, ово је концептуално предложена новина у односу на актуелни систем ЗОО.

Наравно, утврђивање правног тока ствари које се јавља када дужник повреди уговор, пре свега, зависи од почетне квалификације уговора као (не)важне. У смеру овог утврђивања, предлаже се увођење општог концепта битне повреде уговора. У складу са предложеним решењем,

22 Упор. М. Bridge, „Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods“, *The International and Comparative Law Quarterly*, 59(4)/2010, 914.

сматра се да је дошло до битне повреде уговора, ако повреда суштински лишава повериоца онога што је са правом очекивао од уговора, осим ако дужник није предвидео или није могао предвидети овакву последицу. Као што се види, предложено решење се заснива, пре свега, на одредби члана 25. CISG, као и на општој дефиницији значаја повреде садржане у чл. 7.3.1 2) а) UNIDROIT начела 2010, чл. 8: 103 б) PECL, чл. III.-3: 502 2) (а), DCFR и ЗОО. 87 2) (а) CESL.

Предложено решење појма битне повреде, онако како произлази чл. 25. CISG, је свакако генерално. Ово је додатно утврђено и као резултат судске и арбитражне праксе која произлази из примене поменуте одредбе. Стога, у изради предложених решења покушало се да се направи извесна спецификација случаја за које се сматра да постоји битна повреда уговора. Увођење посебних смерница је такође резултат анализе униформних правних извора и пројеката уговорног права, а конкретно и решења садржаних у чл. 7.3.1 2) UNIDROIT начела 2010, чл. 8: 103 PECL, чл. III.-3: 502 2) DCFR и ЗОО 87 (2) CESL. Тако, предложеним решењем се предвиђа да приликом утврђивања о постојању повреде уговора нарочито је важно имати у виду да ли је строго придржавање обавезе која није испуњена од суштинског значаја у складу са уговором, као и да ли је неиспуњење проузроковано намерно или крајњом непажњом, да ли неиспуњење даје разлог повериоцу да верује да се не можемо ослонити на будуће испуњење од дужника и да ли ће дужник претрпети несразмерно велики губитак као последицу припреме или испуњења, уколико би уговор био раскинут.

Ово предложено решење је специфично за три ствари. Прво, специфичне смернице дате суду не представљају затворену листу. Оне су, наиме, дате као пример односно као смерница суду за одређивање могућег постојања битне повреде уговора. Суд, дакле, може закључити да битна повреда уговора настаје и у другим ситуацијама, уколико конкретно фактичко стање указује да су испуњене опште карактеристике битне повреде уговора. Ово, наравно, узимајући у обзир договорени садржај уговорних обавеза тумачене у смеру поштовања начела савесности и поштења. Друго, као последица првог, суд може сматрати да у конкретној ситуацији није начињена битна повреда, иако начелно постоји ситуација која кореспондира специфичним смерницама наведеним у конкретном решењу. Ово, опет узимајући у обзир специфичности сваке уговорне обавезе и свих околности конкретног случаја. Треће, видљиво из садржаја пред-

ложеног решења, при уређењу покушала се дати шира листа специфичних смерница за суд и стране како би решење било примењивије.

Иначе, предложени концепт битне повреде, као што се види, је опште природе. Ово доводи до општег закључка да се предложено решење заснива на идеји да се свака уговорна обавеза, у зависности од конкретних околности случаја, може квалификовати као битна.²³ С друге стране, није наведена листа евентуалних обавеза које могу бити повређене, битне или небитне, као што је то у случаја ЗОО чл. 87, 1) CESL. Намера при доношењу решења је била да се предвиди опште, и, самим тим, еластично решење које ће одговорити потребама правног и економског живота. Као ситуације повреде, битне или не, могу се сматрати и ситуације кашњења и делимично испуњење као и ситуација потпуног неиспуњење и ситуацијама неправилног испуњења итд. Свака од ових ситуација се може квалификовати као битна или небитна, у зависности од околности конкретног случаја.

С друге стране, с обзиром на правну традицију утврђену ЗОО и ЗОО из '78, предложене измене у ЗОО задржавају фиксне уговоре²⁴ као посебан случај битне повреде уговора. Предложено, у овом правцу, решење, подразумева да када испуњење обавезе у одређеном року представља битан састојак уговора, у складу са овим Закоником или другим прописима, природи уговора или споразума између страна, па дужник не испуни обавезу у том року, уговор се раскида *ex lege*. Решење се у суштини заснива на постојећем систему ЗОО, са извесним појашњењима ситуација у којима је испуњење у одређеном року значајно за конкретну уговорну облигацију. Осим тога, фиксни уговори задржавају примену правила аутоматског раскида уговора са самим истеком временског рока за његово испуњење. У суштини, уговор ће се сматрати раскинутим *ex lege*, а евентуална судска одлука ће бити декларативне природе. Могућност повериоца да одржи уговор на снази, иначе, остаје, с тиме што се уговор заправо конвертитра у нефиксни. Поред тога, узимајући у обзир оно што је горе речено, ово правило је диспозитивне природе тако да стране могу ово питање уредити и другачије.

Ван наведених ситуација повреде уговора, свака ће се штета сматрати ирелевантном. Случајеви небитних повреда, у складу са предложеним решењима, подразумевају не само дужност повериоца да да додатни

23 Вид. С. Pauly, „The Concept of Fundamental Breach as an International Principle to Create Uniformity of Commercial Law“, *Journal of Law and Commerce*, 19(2)/1999, 221 и даље.

24 Вид. Н. Гавриловића, 667-668.

рок за испуњење, него и овлашћују дужника да обезбеди одговарајуће испуњење. Ово решење је резултат поштовања принципа *favor contractus*. Сасвим је јасно да друга права повериоца, као што је оно за компензацију штете због неиспуњења, остају. Додатни примерни рок за испуњење, у случајевима када се повреда уговора не сматра битном у смислу горе наведених правила, представља средство за одржавање уговорне равноправности страна с обзиром на то да је уговорна обавеза основана на међусобној сагласности воље страна и иста је усмерена ка остварењу каузе ове сагласности.

Ово је општа постављеност разликовања између битне и небитне повреде уговорних обавеза и у складу са изменама ЗОО предложених током израде Грађанског законика Републике Македоније. При уређењу предложених решења покушало се да сама решења уведу један нови концепт, или, боље речено, да постојећи концепт буде подигнут на виши ниво. Све ово је у смеру предвиђања решења које неће „привилеговати“ одређене врста повреде уговора. Ово, имајући у обзир да економске трансакције имају специфичности које произилазе из специфичних потреба страна, а не толико због намере законодавца. Ово је покушај реформисања постојећег система ЗОО да би се одржале номотехничке специфичности прописа и да се интервенције чине у духу постојећих правила. Другим речима, намера је била да се изврши побољшање, а не целокупно деградирање постојећих решења и њихова замене са потпуно новим.

Из тог разлога, посебна правила за раскид уговора без додатног примерног рока за испуњење (ЗОО, чл. 116) и раскид уговора пре истека рока (ЗОО, чл. 117) су задржана, уз извесна номотехничка прилагођавања. То је учињено из разлога што се проценило да конкретна правила нису у сукобу са општим концептом раскида уговора. Боље речено, они нису препрека нити негација увођења битне повреде уговора. Напротив, постојећа правила са једне стране, омогућавају додатну спецификацију ситуација битне повреде уговора. Ово важи како за суд тако и за стране. Са друге стране, она омогућавају и постојање одговарајућег правног оквира који ће пружити прилику за равномерну примену предложених нових решења, под претпоставком да ће постати део позитивног права, у нади да ће пракса створити представу да садашњи систем ЗОО није радикално промењен, него само побољшан. Ово последње је веома важно како би се превазишао евентуални отпор у пракси у смеру доследне примене предложених решења.

V Уместо закључка

Увођење јединственог система за повреду уговора, је у принципу, резултат како практичних потреба, тако и тежњи ка усклађивању домаћег законодавства са савременим правним решењима у овој области. Наиме, овим текстом смо се потрудили да увођење јединственог система повреде уговора оправдамо не само општом потребом за усклађивање домаћег права са савременим решењима садржаним у међународним конвенцијама и униформним инструментима уговорног права, него да исте прикажемо и у светлу потребе праксе. Из тог разлога, приликом одређивања почетне потребе за измену или, боље речено, надоградњу система ЗОО, покушали смо да исту елаборирамо, пре свега, у практичном смислу. Ово је у смеру стварања правне могућности за примену решења која би били довољно флексибилни да би се покриле најразличитије ситуације у пракси.

Очигледно је да су наведене предложене интервенције, саме по себи, само предлог за побољшање македонског система правне реакције у случају повреде уговора. Додатно, акценат текста је стављен на раскид као озбиљан правни лек који указује на непостојање даљих довољних основа за одржавање сагласности воље страна на снази. Идеја аутора, не само при изради овог текста, него и у изради конкретних предложених решења, је била да се представи алтернативно правно стање, инспирисано потребама праксе и савремених правних решења како би се обезбедила адекватни и флексибилни правни оквир за неиспуњење уговорних обавеза. Поред тога, узимајући у обзир реформске захвате у региону, текућих или будућих, овај текст има за циљ да допринесе дебати у смеру предвиђања најоптималнијих решења, онолико колико је то могуће и изводљиво.

Даље, упркос концептуалне доследности предложених решења, како системских тако и из аспекта примене, намера је била да се омогући да предложена решења буде изложена ревалоризацији и добродошлој критици; све то у смеру квалитетних и одрживих решења.

Додатни подстицај за овај текст је чињеница да су наведена решења за битне повреде уговора само предлози стављени на увиђај не само овлашћеним законским предлагачима и правној и привредној јавности, него, овом приликом, и стручној и научној заједници. Треба имати у виду да су конкретна предложена решења понуђена само као алтернативе које одговарају због налаза њихових аутора, што их не чини таквима саме по себи. Ово последње повлачи извлачење два закључка. Први се односи на могућност њихове дораде, преформулисања или потпуно брисање. Други одражава постојање низе отворених питања која ћемо сами ми покушати

објаснити. Ово посебно у смеру чињенице да се ради о процесу који је у току чија позитивна завршница зависи од заједничких напора свих заинтересованих и, свакако, консултованих субјеката. У том правцу, ми ћемо сами покушати да идентификујемо нека од отворених питања у вези са концептом повреде уговорних обавеза.

Као што је већ поменуто, предложене интервенције не утичу на потребу постојања посебних правила за материјалне и правне недостатке испуњења. То је, пре свега, из аспекта специфичности ове одговорности код уговора о продаји, због њихове честе присутности у пракси, као и из аспекта већ успостављене потребе за брзо реаговање у случају појаве било ког облика неизвршења уговора о продаји. Осим тога, на ову потребу указује не само садржај компаративног права, већ и садржај анализираних међународних правних извора споразума и униформних извора и пројеката из области уговорног права. Наравно, адекватан утицај има и правна традиција, која захтева посебну пажњу у односу на ова правила.

Када смо код ових правила као прво остаје отворено генерално питање, а то је потреба да се правила продаје примењују на прави начин и код других комерцијалних уговорних обавеза. Ово се односи не само на чињеницу да су предложена решења само алтернативе постојећег систему ЗОО, него и на саму одрживост и у крајној линији, применљивости предложених правила за повреде уговорних обавеза. Наиме, садашњи систем ЗОО се заснива на јасној разлици између ситуација неиспуњења, с једне стране, и ситуација погрешног извршења, са друге стране. Увођење јединственог система, или боље речено, кретање ка јединственим системом неиспуњења, изгледа непомирљиво са системском дуалности правних лекова за неиспуњења уговорних обавеза.

Ослањајући се на то, а у складу са постојећим системом, правила одговорности продавца се сходно примењују и на друге уговоре са надокнадом. Ово, наравно, уколико се посебним правилима која се односе на именоване уговоре не уреди нешто друго, или ако постоје друге врсте или специфичнија правила.²⁵ Због тога, можда је умесно да се специфична правила продаје ограниче једина на овај тип уговора. Са друге стране, у случају недостатка специфичних правила за конкретан именовани уговор, примењиваће се општа правила за неиспуњење уговора.

Изван овог општег правила, отворено је питање третмана материјала, са једне стране, и правних недостатака са друге стране. Када је у пи-

25 Као што је случај, на пример, са посебним правилима која се односе на уговор о делу.

тању ово друго, актуелни систем ЗОО прави разлику између ситуације потпуне и делимичне евикције. Када је у питању потпуна евикција, уговор се сматра раскинутим *ex lege*, док у случајевима делимична евикције сам купац има право да оптира или раскид или смањење цене (ЗОО, чл. 498, ст. 1). Овај се систем изгледа мири са интервенцијама које су предложене у току изградње Грађанског законика Републике Македоније. Ово, с обзиром да предложени систем задржава *ex lege* раскид код фиксних уговора. Остаје отворено, међутим, питање правилне примене ових правила и код других теретних уговора.

Враћајући се на материјалне недостатке испуњења, а у односу на систем правних лекова, отворено је питање њихове подобности у смислу начина њиховог sukcesивног изјављивљања, чак и када би се задржала само на уговор о продаји. Наиме, према садашњим решењима, раскид се оптира само субвендијарно.²⁶ Осим тога, као што је већ поменуто, предложене интервенције у случају уговора о продаји садрже референцу општих одредби, али у ограниченом обиму деловања раскида. Питање је да ли би уговор о продаји могао да буде раскинут у складу са општим правилима за повреду уговора према предложеним јединственим концептом повреде, ван редоследа правних средстава специфичних за уговоре о продаји.²⁷

Наведена су само нека од отворених питања при изради амандмана ЗОО, током припреме Грађанског законика Републике Македоније. Неколико пута се у тексту понавља да су предложена решења стављена на располагање релевантне јавности, не само научне, већ и правосудне и опште, правне, као и релевантних удружења из привредних сектора. Ово с обзиром да је спроведена јавна расправа о предложеним интервенцијама у ЗОО. На жалост, морамо закључити да јавна расправа није уродила са озбиљним примедбама на концепт као такав, нити на формулацију конкретних решења, осим техничких и језичких. Истини за вољу, таква реакција може указивати на одобрење предложених интервенција, иако аутори овог текста нису у потпуности уверени у овај закључак, колико и да се он чини оправданим или очекиваним.

Неоспорно је, у целој овој ситуацији, да предложена решења представљају озбиљну новину, чак и да остану непромењена као садржински тако и системски и концептуално. Њихово озакоњивање би требало бити праћено озбиљном обуком не само правосудног сектора и нотаријата, не-

26 За задње види код Nenad Gavrilović, Borka Tuševska, „Koncept raskida ugovora zbog (materijalnih) nedostataka ispunjenja“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 11/2013, 22 и даље.

27 Упореди са решењем из чл. 412, ст. 2. ЗОО РХ.

го и струковних удружења у привреди. Аутори овог рада очекују да њим допринесу отварању шире дебате о предложеним решењима и њиховом (увек могућем) побољшању у смеру изградње одговарајућих решења за променљиву и увек иновативну практику.

Jadranka DABOVIĆ-ANASTASOVSKA, PhD

Professor at Faculty of Law, University „St. Kiril i Metodi“, Skoplje

Nenad GAVRILOVIĆ, PhD

Assistant professor at Faculty of Law, University „St. Kiril i Metodi“, Skoplje

TERMINATION OF CONTRACT DUE TO FUNDAMENTAL BREACH OF CONTRACT IN CONTEMPORARY MACEDONIAN LAW

Summary

In this paper the authors will first elaborate the concept of fundamental breach of contract from international sources of contract law. Through a brief overview of solutions from international sources and their application in practice, they will identify the need for amending and supplementing the Macedonian legislation.

In the paper, the authors analyse the proposed amendments in the direction of improving the legal framework and the approximation of the Macedonian contract law to modern trends regarding the institution of breach of contract due to failure of fulfilment by introducing the concept of fundamental breach of contract.

Finally, the authors explain the effects that are expected to be achieved by introducing this concept into the national legal system, while also addressing the issues that remain open to further analysis and possible legal (re)arrangement.

Key words: *breach due to failure of fulfilment, significant violation of contractual obligation, fixed-term contracts, termination of contract by law, CISG, UNIDROIT, PECL, CES.*

др *Марија* КАРАНИКИЋ МИРИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др *Татјана* ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

СЛОБОДА ПРЕКОГРАНИЧНОГ ПРУЖАЊА УСЛУГА*

Резиме

Слобода кретања услуга на унутрашњем тржишту представља једну од четири основне слободе на којима то тржиште почива. Слободно кретање услуга обухвата слободно настањивање ради обављања услужне делатности и слободан прекогранични приступ тржишту услуга. Предмет овога рада су садржина, домашај и ограничења слободе прекограничног пружања услуга по Уговору о функционисању ЕУ и, нарочито, према Директиви о услугама из 2006. Основни циљ потоњег прописа јесте хоризонтална либерализација унутрашњег тржишта услуга. Ауторке разматрају и начин на који је слобода прекограничног пружања услуга заштићена у Нацрту закона о услугама Републике Србије из 2015.

Кључне речи: слобода кретања услуга, прекогранично пружање услуга, слобода настањивања, Директива о услугама на унутрашњем тржишту.

I Слобода кретања услуга

Европска заједница је настала на идеји стварања и функционисања једног заједничког слободног тржишта.¹ Ова идеја је уграђена у Уго-

* Рад је написан на основу истраживања спроведеног за потребе пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије” за 2016. годину.

1 Вид. чл. 2 и чл. 3 ст. 1 тач. ц Уговора о оснивању ЕЗ, Treaty establishing the European Economic Community, Rome, 25 March 1957, доступно на адреси: www.eur-lex.europa.eu, 15.4.2016.

вор о оснивању ЕЗ и одржала се у свим доцнијим важним документима.² Уместо о заједничком, данас говоримо о унутрашњем или јединственом тржишту,³ али се циљеви интеграције нису променили. То су успостављање, функционисање и очување унутрашњег тржишта које обухвата простор без унутрашњих граница и на којем се слободно крећу људи, роба, услуге и капитал.

Слободно кретање услуга на унутрашњем тржишту представља, дакле, једну од четири основне слободе на којима то тржиште почива.⁴ Сама слобода кретања услуга има два појавна облика: слободу (пословног) настањивања и слободу прекограничног пружања (и коришћења) услуга. И једна и друга ужа манифестација слободе кретања услуга биле су гарантоване још Римским уговором из 1957. Ипак, с почетка се мислило да је слободно кретање услуга мање важно од слободног кретања људи, робе и капитала. Сматрало се, наиме, да супсидијарни карактер ове слободе – у односу на преостале три – произлази из начина на који су услуге и слобода њиховога пружања ближе одређене у оснивачким уговорима ЕЗ односно ЕУ, укључујући Уговор о функционисању ЕУ.⁵

Схватање да су услуге од секундарног значаја у односу на робу заснивало се и на томе што роба има материјалну егзистенцију, може да се види и дотакне, за разлику од услуга које су апстрактне и немају физичку појавност.⁶ Поред тога, услужне делатности су по правилу детаљније нор-

2 Вид. чл. 26 ст. 1 и 2 Уговора о функционисању ЕУ, Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26 October 2012, 47–390, доступно на адреси: www.eur-lex.europa.eu, 15.4.2016.

3 У прво време коришћен је израз *common market* (заједничко тржиште) да се означи једно слободно тржиште земаља чланица ЕЗ. Међутим, тај израз је напуштен 1986, када је усвојен Јединствени европски акт. Од тада су у употреби изрази *internal market* односно *single market* (унутрашње тржиште односно јединствено тржиште). Наравно, Јединственим европским актом нису уведене само термилошке промене, него су одређени и нови задаци на путу стварања и очувања унутрашњег односно јединственог тржишта. Ови задаци су били орочени; планирано је да се испуне до 1992. Данас се зна да је стварање, функционисање и очување унутрашњег тржишта један захтеван процес, а не задатак који би могао да се веже за рок. Вид. Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2010, 10–13.

4 Вид. чл. 56–62 УФЕУ.

5 Одредба чл. 57 ст. 1 УФЕУ садржи једну негативну дефиницију, по којој услуге јесу све оне делатности које се обављају уз накнаду и на које се не примењују одредбе које се односе на слободно кретање робе, капитала и лица.

6 Gareth Davies, *European Union Internal Market Law*, 2nd edition, London, 2003, 75. Међутим, чињенице говоре против потискивања услуга у други план: Две трећине бруто друштвеног производа и девет од десет радних места у ЕУ долазе из сектора услуга. Вид. Emilio Fernández

миране него трговина робом, а расправа о појединим услугама излази из уобичајеног правног дискурса и води се на терену социјалне политике и морала. Пример за то су, рецимо, проституција и игре на срећу.⁷

Због свега што је речено, интеграција тржишта услужних делатности у Европској заједници стварно је почела тек осамдесетих година прошлога века, усвајањем првих секторских директива које су имале за циљ либерализацију тржишта тачно одређених врста услуга. Тај процес се нагло убрзао почетком овога века. Од тада је усвојен велики број комуни-тарних и националних прописа који имају за циљ олакшање слободног кретања услуга на унутрашњем тржишту.⁸

II Хоризонтална либерализација јединственог тржишта услуга

Најопштији и најзначајнији инструмент хармонизације унутрашњих правних поредака држава чланица ЕУ у области услуга јесте Директива 2006/123/ЕЗ о услугама на унутрашњем тржишту.⁹ Треба казати да се у овој контексту хармонизација разуме на један посебан начин: као *уклањање* посебних националних прописа који ометају слободно кретање услуга на унутрашњем тржишту, а не као позитивно усаглашавање националних правила којима се уређује обављање одређених услужних делатности. Друкчије речено, Директива о услугама представља инструмент *негативне интеграције* правних поредака држава чланица ЕУ.¹⁰ Њен првенствени циљ огледа се у *дерегулацији*, односно елиминисању унутрашњих прописа држава чланица који спречавају или отежавају слободно настањивање односно прекогранично пружање услуга на јединственом тржишту.

Corugedo, Esther Pérez Ruiz, The EU Services Directive: Gains from Further Liberalization, IMF Working Paper, бр. 113/2014, 3, доступно на адреси: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2014/wp14113.pdf>, 15. 4. 2016.

7 Damian Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, *European Union Law*, 2nd edition, Cambridge, 2010, 783–784.

8 Детаљно вид. у Friedl Weiss, Clemens Каупа, *European Union Internal Market Law*, Cambridge, 2014, 241.

9 Directive 2006/123/EC on services in the internal market, OJ L 376, 27 December 2006, 36–68, доступно на адреси: www.eur-lex.europa.eu, 15.4.2016. Вид. нарочито рецитал 2 Директиве о услугама, у којој се истиче да је малим и средњим предузећима особито тешко да на унутрашњем тржишту слободно пружају услуге изван државе чланице у којој су настањена.

10 Више о томе вид. у Siniša Rodin, „Direktiva Europske unije 123/2006 o uslugama – doseg i opravdanja”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1/2009, 35 и даље.

Директива о услугама има још једну специфичност: У њој је отворено артикулисана бојазан европскога законодавца да поред тога што дерегулација услужних делатности може да буде корисна, јер доприноси интеграцији унутрашњег тржишта, она може да буде и штетна, уколико се спроведе на начин који угрожава основне циљеве саме интеграције, укључујући равномеран и одржив економски и социјални напредак, висок степен запослености и социјалне заштите, равноправност полова, заштиту животне средине, подизање животног стандарда те економску и социјалну кохезију.¹¹

Директивом о услугама гарантоване су и слобода пословног настављања ради обављања услужних делатности¹² и слобода прекограничног приступа тржишту услуга,¹³ које, што је раније речено, заједно чине слободу кретања услуга као једну од четири основне слободе унутрашњег тржишта.¹⁴

Одредбе овога прописа тумаче се у складу с правилима УФЕУ о слободном кретању услуга.¹⁵ Директива о услугама има за циљ хоризонталну – а не секторску – либерализацију тржишта услуга. То значи да се њена правила примењују на услуге као такве, без обзира на конкретан услужни сектор односно врсту дате услуге. То даље значи да се Директива о услугама примењује супсидијерно у односу на посебне директиве које регулишу одређене услужне секторе или одређена питања у вези с пружањем услуга,¹⁶ као што је, примера ради, признавање стручних квалификација.¹⁷ Другим речима, секторски прописи о услугама имају предност над Директивом у питањима која су њима уређена.¹⁸ Уз то, правилима саме Директиве прописана је дугачка листа услуга и области права (примерице, одређивање меродавног права и опорезивање) на које се Ди-

11 Вид. рецитал 1 Директиве о услугама.

12 Вид. чл. 49 УФЕУ.

13 Вид. чл. 56 УФЕУ.

14 Вид. детаљно у С. Barnard (2010), 295 и даље.

15 Чл. 3 ст. 3 Директиве о услугама.

16 Чл. 3 ст. 1 Директиве о услугама.

17 Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications, OJ L 255, 30 September 2005, 22–142, доступно на адреси: www.eur-lex.europa.eu, 15.4.2016.

18 Ово се односи, између осталог, на секторске комунитарне прописе о: упућивању радника у услужним делатностима; аудиовизуелним услугама; признавању страних стручних квалификација; примени прописа о социјалном осигурању на раднике, samozапослена лица и њихове породице (директиве 96/71/EЗ, 89/552/EEЗ, 2005/36/EЗ те Уредба 1408/71).

ректива не примењује односно на које не претендује да утиче.¹⁹ На крају, постоје и различита тумачења одредаба саме Директиве којима се неке услуге и питања у вези с услугама изузимају из њене примене.²⁰ Поједини аутори стога закључују да европски законодавац није успео да Директивом о услугама пропише јасан и једноставан правни оквир за слободно кретање услуга, већ је створио једну фрагментарну и веома компликовану регулаторну структуру.²¹

III Настањивање и прекогранично пружање услуга

Већ је речено да слобода кретања услуга, као једна од четири основне слободе унутрашњег тржишта, обухвата две уже слободе: слободу настањивања ради пружања услуга и слободу прекограничног приступа тржишту услуга. Под прекограничним приступом тржишту мисли се на слободно пружање и слободно коришћење услуга изван сопствене земље порекла. Предмет овога рада је само први облик прекограничног приступа тржишту, то јест *прекогранично пружање услуга*. Наравно, није уопште спорно да постоји корелација између слободног прекограничног пружања и слободног прекограничног коришћења услуга. С друге стране, титулар *слободе настањивања ради пружања услуга* и титулар *слободе прекограничног пружања услуга* јесте лице које услугу пружа; док је титулар слободног прекограничног коришћења услуга оно лице које услугу користи.

Најкраће речено, *слобода настањивања* подразумева да пружаоци услуга могу слободно и без дискриминаторних ограничења да остваре стално присуство на тржишту било које државе чланице, ради обављања услужне делатности. То могу да учине оснивањем привредног друштва или огранка привредног друштва или у некој другој правној форми, а у сваком случају по праву државе у којој се настањују. С друге стране, *слобода прекограничног пружања услуга* подразумева да пружаоци услуга ко-

19 Вид. чл. 3 и чл. 4 Директиве о услугама, као и чл. 17 у којем се налазе посебна искључења слободе кретања услуга. Поједини аутори истичу да због тога изгледа као да има више услужних делатности на које се Директива о услугама не примењује, него што има услуга које су уређене Директивом. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 824.

20 Вид. детаљније у Марија Караникић Мирић, Милош Вукотић, „Усаглашавање права Републике Србије с Директивом 2006/123/ЕЗ о услугама на унутрашњем тржишту”, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије – Књига 5* (ур. Стеван Лилић), Београд, 2015, 193–194.

21 Catherine Barnard, „Unravelling the Services Directive”, *Common Market Law Review*, No. 45/2008, 343–344.

ји су настањени у једној од држава чланица могу, без прибављања неких посебних сагласности или регистрације, да пружају услуге у свим другим државама чланицама на привременој основи.

Настањивање подразумева стварно обављање услужне делатности без временског ограничења и помоћу сталне инфраструктуре (вид. чл. 4 ст. 1 тач. 5 Директиве о услугама). Мисли се на фактичко, стварно, перманентно пословно присуство пружаоца услуга у одређеној држави. Ова широка дефиниција настањивања ради пружања услуга ослања се на чл. 49 УФЕУ те на затечену праксу Суда правде ЕУ.²² Настањивање је свако стално присуство пружаоца услуге, што обухвата ситуације оснивања новог правног лица или огранка, преузимање постојећег правног лица те стварно пословно присуство предузетника. Стално присуство пружаоца услуга на територији једне државе чланице даје могућност тој држави да на њега примени своје националне прописе.²³

Ту су потребна два разјашњења. Прво, о слободи настањивања може да се размишља и изван контекста услужних делатности. На једном вишем нивоу апстракције, под слободом настањивања мисли се на стварно и трајно обављање *привредне делатности* на унутрашњем тржишту. Та привредна делатност не мора да буде *услужна*.

Друго, правила о слободи настањивања нису ограничена на прекограничне случајеве. Она се примењују и на настањивање домаћих пружалаца услуга.²⁴ Тачно је да се одредбама чл. 49 УФЕУ гарантује само слобода настањивања у другој држави. Ипак, правила о слободном настањивању садржана у Директиви о услугама имају универзалну примену. Један од циљева Директиве јесте да услови за настањивање у држави чланици буду једнаки за све пружаоце услуга, без обзира на њихову земљу порекла. Када би се правила Директиве примењивала само на стране пружаоце услуга, то би могло да доведе до дискриминације домаћих пружалаца услуга, јер би за њих могла да важе строжа правила о настањивању него за пружаоце из других земаља.²⁵

Прекогранично пружање услуга није дефинисано одредбама Директиве о услугама. Из дефиниције настањивања *a contrario* произлази да

22 *Factortame II*, C-221/89; *Gebhard*, C-55/94.

23 *Binder*, C-205/94; *Van Binsbergen*, C-33/74.

24 С. Barnard (2010), 349–350. Барнард прави поређење с тиме што и чл. 34 УФЕУ гарантује слободу *прекограничног* кретања робе. Међутим, директиве засноване на том члану важе за сву робу произведену или стављену у промет у ЕУ.

25 G. Davies, 241–243, D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 868.

прекогранично пружање услуге подразумева привремено пружање услуге у држави чланици у којој пружалац услуге није настањен. Прекогранично пружање услуге је, дакле, обављање привредне делатности изван своје државе порекла, у земљи у којој пружалац услуга није настањен, то јест у земљи на чијем тржишту пружалац услуга не остварује перманентно присуство.²⁶ Суд правде ЕУ је у једној одлуци заузео став да пружалац услуге има право да користи слободу прекограничног пружања услуга и ако уопште не пружа услуге у земљи порекла, то јест ако је тамо само формално настањен.²⁷

Разликовање прекограничног пружања услуга од настањивања зарад пружања услуга зависи од околности датог случаја: не само од трајања, већ и од учесталости пружања услуге.²⁸ Примера ради, *привремено* пружање услуга које су повезане с изградњом неког објекта може да траје неколико година, и да се при томе не сматра да је пружалац ових услуга настањен у држави у којој се гради објекат.²⁹ Укратко, прекогранично пружање услуге је свако пружање услуге које није довољно стално и стабилно да би се сматрало настањивањем.

Начелно се сматра да је правилима Директиве о услугама слобода настањивања слабије заштићена од слободе прекограничног пружања услуга.³⁰ Држава може да ограничи слободу настањивања ради пружања услуга увек када то налаже јавни интерес, као једна широко постављена општа категорија. Појам јавног интереса је сужен на терену прекограничног пружања услуга, па држава чланица може да ограничи ту слободу само ако је ограничење неопходно за заштиту јавног поретка, јавне безбедности, јавног здравља или животне средине, и то од неке озбиљне и стварне опасности. На преосталим облицима јавног интереса из праксе Суда правде ЕУ не може у националном праву да се оправда задирање у слободу прекограничног пружања услуга.

У сваком случају, пружалац услуга је слободан да се настани у земљи у којој би хтео да пружа услуге или да прекогранично пружа услуге у земљи у којој се није настанио. Пожељан регулаторни приступ у овој области састоји се у уклањању препрека за слободно одлучивање о обли-

26 И у старијим одлукама Суда правде ЕУ уско се тумачило постојање оправданог разлога да се ограничи слобода прекограничног пружања услуга. Вид. више код С. Barnard (2010), 391–392.

27 VT4, C-56/96. Више о томе вид. код С. Barnard (2010), 391–392.

28 Gebhard, C-55/94.

29 Schnitzer, C-215/01.

30 D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 868; G. Davies, 234–236.

ку пословног присуства у одређеној држави чланици. Правна правила треба да створе амбијент у којем се одлуке о пословном настањивању односно прекограничном пружању услуга доносе на основу економских мерила, а не под регулаторним притиском.³¹

IV Домашај и ограничења слободе прекограничног пружања услуга

Слобода прекограничног пружања услуга зајемчена је у чл. 56 УФЕУ. То правило има директан ефекат.³² Право на слободан приступ тржишту услуга непосредно је зајемчено свим пружаоцима и корисницима услуга, који по своме држављанству или настањењу припадају некој од држава чланица ЕУ.³³ Другим речима, пружаоци услуга из ЕУ слободни су да на унутрашњем тржишту пружају услуге како у својој земљи, тако и изван земље порекла, то јест изван земље у којој су настањени. Ово правило има интегративну функцију, јер пружаоцима и корисницима услуга из држава чланица ЕУ непосредно гарантује слободан приступ тржишту услужних делатности у другим државама чланицама.³⁴

1. Начело државе порекла

Држава порекла и држава у којој се прекогранично пружа услуга могу да пропишу различите услове за обављање услужних делатности. Отвара се питање чије националне услове треба да испуни пружалац услуга који прекогранично послује. Према начелу државе порекла (*country of origin principle*) лице које прекогранично пружа услугу на унутрашњем тржишту дужно је да испуни само оне услове за пружање услуга који су му постављени правом земље порекла, што ће рећи земље у којој је настањено. Држава ЕУ не може да поставља посебне услове за прекогранично пружање услуга на својој територији, изузев у неким ванред-

31 Juka Snell, Mads Andenas, „Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services”, *Services and Free Movement in EU Law* (eds. Mads Andenas, Wulf-Henning Roth), Oxford, 2002, 80.

32 Више о директном ефекту и одлуци Суда правде ЕУ која је пресудно утицала на настанак овога принципа (*Van Gend en Loos*, C-26/62) вид. у Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 3rd edition, Oxford, 2003, 182.

33 Wulf-Henning Roth, „The European Court of Justice’s Case Law on Freedom to Provide Services: Is *Keck* Relevant?”, *Services and Free Movement in EU Law* (eds. M. Andenas, W.-H. Roth), Oxford, 2002, 4.

34 О општим појмовима недискриминације и слободног приступа тржишту вид. код С. Barnard (2010), 17–25.

ним, опасним ситуацијама: Мора да прихвати пружаоца услуга из друге државе ЕУ који испуњава услове своје земље порекла, не постављајући му никакве додатне услове. У овој конструкцији надзор над пружаоцем услуга обављају искључиво надлежни органи земље његовога порекла. Правно-политички циљеви овога начела су следећи: избегавање двоструког нормирања прекограничних услуга када пружалац има само једно седиште; подстицање прекограничне конкуренције међу лицима која пружају услуге; подстицање пружалаца услуга да се окушају на тржиштима других држава ЕУ, без наметања обавезе да се у њима настане; стимулисање пружалаца услуга да се настањују у државама ЕУ које имају повољније прописе што би довело до регулаторне конкуренције и конкуренције међу државама чланицама. У првоме Нацрту Директиве о услугама из 2004. године, познатом као Болкестајнов нацрт (*Bolkestein Draft*),³⁵ било је предложено да се начело државе порекла прихвати у чистоме облику. Међутим, од тога се одустало услед недостатка политичке спремности за потпуну либерализацију тржишта услуга. У коначној верзији Директива о услугама садржи комбинована правила о надзору над прекограничним пружањем услуга и допушта, али само изузетно, да држава чланица пропише и неке посебне услове за прекогранично пружање услуга на својој територији.³⁶

2. Појам услуге

Чл. 57 УФЕУ садржи негативну односно резидуалну дефиницију услуге: Услуга је свака привредна делатност на коју се не примењују правила о слободном кретању робе, капитала и лица. У истоме члану су индикативно, а не исцрпно, набројане услуге индустријског и пословног карактера, занатске услуге и услуге регулисаних професија.³⁷

Одредба чл. 4 ст. 1 тач. 1 Директиве о услугама упућује на чл. 57 УФЕУ (раније чл. 50). Она дефинише услугу као сваку самосталну при-

35 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market, COM(2004) 2, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004PC0002>, 15.4.2016.

36 Уместо да до краја изведе начело државе порекла, европски законодавац одлучио је да просто позакони затечену праксу Суда правде ЕУ. Тако Thomas Papadopoulos, „An Overview of the Services Directive”, *Inter alia*, No. 7/2010, 67–70. Поједини аутори истичу да то ипак не значи да је европски законодавац одустао од начела државе порекла, него да га је прихватио у нешто слабијем облику. С. Barnard (2010), 360–364.

37 Понекад је тешко разграничити производне од услужних делатности. Више о томе вид. у С. Barnard (2008), 334–335.

вредну делатност која се по правилу врши уз накнаду, у складу с помену- тим правилом УФЕУ. У рециталу 33 наведене су, *exempli causa*, услуге на које се примењује Директива о услугама: пословне услуге (консалтинг, сертификација и тестирање, одржавање канцеларијског простора, оглашавање, регрутовање, посредовање), правно и пореско саветовање (укључујући све адвокатске услуге), посредовање у промету непокретностима, грађевинске услуге, инжињерске услуге, туристичке услуге, изнајмљивање моторних возила, услуге фитнес и спа центара и томе слично, помоћ у домаћинству (ако није медицинске природе и ако није обезбеђена кроз систем социјалне заштите), услуге дистрибуције (велепродаја и малопродаја).³⁸ Директива о услугама се не примењује на услуге које су пружене без накнаде.³⁹ Понекад је спорно да ли се давања која се обично дају за одређену врсту услуга квалификују као накнада. Такав случај су уобичајена ситна давања уличним музичарима и путујућим проповедницима. Међутим, Суд правде ЕУ полази од веома широког разумевања појма накнаде и признаје разне начине на које може да се плати за услугу.⁴⁰ Директива о услугама се примењује независно од тога да ли је корисник услуге правно или физичко лице, а ако је корисник физичко лице, онда без обзира на то да ли се квалификује као потрошач. Запослени не може да има статус пружаоца услуге; то може само послодавац. Као пружалац услуга може да се појави и држава, удружење грађана и друго.

Одредбама саме Директиве о услугама прописано је да се њена правила не примењују на један велики број услуга.⁴¹ Разлог за изузимање

38 Вид. такође F. Weiss, C. Каура, 245.

39 Рецимо, ако се пружање неке услуге финансира из буџета, при чему корисници услуге плаћају допринос за текуће трошкове, сматра се да та услуга није пружена уз накнаду. Вид. рецитал 34 Директиве о услугама.

40 G. Davies, 77. Није од значаја да ли накнаду плаћа корисник услуге или треће лице. Међутим, према пракси Суда правде ЕУ, образовање које се у основи финансира из буџета не квалификује се као услуга, чак ни када родитељи плаћају некакав допринос (*Wirth*, C-109/92).

41 Изузете су, грубо речено: услуге од општег интереса, као што је универзална поштанска услуга; финансијске услуге (банкарске услуге, потрошачки кредит, инвестициони и пензиони фондови, осигурање, финансијски лизинг, итд); неке услуге електронских комуникација; неке услуге у области саобраћаја; услуге привременог запошљавања; услуге које здравствено особље пружа пацијентима у циљу процене, очувања и побољшања њиховог здравственог стања, што обухвата и фармацеутске услуге, али не обухвата ветеринарске услуге, услуге спортских клубова, спа, фитнес и релаксационих центара; телевизијско и радијско емитовање и биоскопске пројекције (али, угоститељске услуге, услуге оглашавања те изнајмљивања биоскопског простора и слично нису изузете); приређивање игара на срећу (опет, угоститељске и друге услуге које пружа приређивач игара на срећу нису изузете); услуге приватног обезбеђења; услуге социјалне заштите и делатност удруже-

одређене врсте услуга из примене Директиве може да буде то што већ постоји задовољавајућа секторска регулатива, али и то што је уређење неких врста услуга везано за осетљива политичка, економска и социјална питања. С обзиром на бројност услуга на које се не примењује Директива о услугама, важно је да се истакне следеће: На све услуге које нису обухваћене Директивом и даље се примењују општа правила УФЕУ којима се гарантују слобода прекограничног пружања услуга и слобода настањивања ради обављања услужне делатности.

На крају, Директива о услугама не искључује своју примену само на одређене врсте услуга, него и на одређена правна питања (вид. чл. 17). Зато је могуће да се Директива о услугама начелно примењује на конкретну услугу, али да питање које се поводом те услуге поставља није уређено Директивом, односно да сама Директива искључује властити утицај на разрешење тога питања. Ту спадају питања меродавнога права, опорезивања, уређења радноправних односа, и тако даље.

3. Ограничења

Ради једноставности израза обично говоримо о пружаоцима услуга из ЕУ. Кажемо да пружаоци услуга из неке државе чланице могу слободно да пружају услуге на тржишту других држава чланица. Прецизности ради, треба разјаснити да је појам пружаоца услуга у овоме контексту нешто шири. Наиме, према одредби чл. 4 ст. 2 Директиве о услугама, која упућује на одредбу чл. 48 УФЕУ, *пружалац услуге* је лице које пружа услуге или нуди пружање услуга, а настањено је у држави Европског економског простора (ЕЕП) односно има држављанство државе ЕЕП.⁴²

Директива о услугама садржи одредбу којом се на начелном нивоу јемчи слобода пружања услуга изван земље порекла, а потом и једну општу и једну енумеративну одредбу, којима се забрањује да државе чланице националним прописима задиру у ту слободу (вид. чл. 16): Према *енумеративном правилу*, држава чланица не сме да ограничи слободу прекограничног пружања услуга на следеће начине: прописивањем обавезе

ња основаних ради остваривања хуманитарних циљева; вршење пренетих или поверених јавних овлашћења, укључујући јавнобележничку делатност и послове извршитеља.

42 Под државама ЕЕП мисли се на земље које су потписале и ратификовале Уговор о Заједничком европском економском простору (*Agreement on the European Economic Area*). Ту спада 28 земаља чланица ЕУ и три од четири чланице Европске асоцијације за слободну трговину (ЕФТА) које нису истовремено и чланице ЕУ (Исланд, Лихтенштајн и Норвешка; Швајцарска је потписала овај уговор, али га није ратификовала).

пословног настањивања, или добијања дозволе од надлежног органа, или регистрације у професионалном удружењу, или поседовања идентификационог документа који издаје њен орган; забраном постављања или коришћења одређене инфраструктуре; ограничавањем права samozапослених пружалаца услуга (тако што им, примера ради, намеће обавезу да буду у радном односу да би могли да пружају услуге); постављањем посебних захтева у погледу опреме и материјала који су неопходни за пружање услуге (изузев када је то неопходно за заштиту јавног здравља односно за спровођење или унапређење безбедности и здравља на раду); прописивањем ограничења у погледу односно на страни корисника услуга.

Према *општој одредби* из чл. 16 Директиве о услугама, држава чланица је дужна да поштује слободу прекограничног пружања услуга и ту слободу може да ограничи само ако је ограничење нужно за заштиту јавног поретка, јавног здравља, јавне безбедности или животне средине. Само у ова четири случаја повреде јавног интереса – дозвољено је задирање у слободу прекограничног пружања услуга; а и тада само законском нормом, на недискриминаторан и пропорционалан начин. Из тога произлази, што је већ поменуто, да се правилима Директиве о услугама слабије штити слобода настањивања ради пружања услуга, него слобода прекограничног пружања услуга. Наиме, ограничење слободе настањивања допуштено је увек када за то постоји неки разлог који се у пракси Суда правде ЕУ квалификује као разлог јавног интереса. Под јавним интересом мисли се на општи друштвени интерес признат у пракси поменутог суда, укључујући: јавни поредак; јавну безбедност; јавно здравље; очување финансијске равнотеже система социјалне заштите; заштиту потрошача, корисника услуга и радника; поштовање начела савесности и поштења у пословним односима; спречавање преварног поступања; заштиту животне средине и здравља животиња; заштиту интелектуалне својине; очување историјске и културне баштине; циљеве социјалне и културне политике. Сви ови разлози могу да оправдају ограничење слободе настањивања. Насупрот томе, слобода прекограничног пружања услуга може да се ограничи искључиво ради заштите јавног поретка, јавне безбедности, јавног здравља или животне средине.

Разлози који оправдавају задирање у слободу прекограничног пружања услуга тумаче се веома уско. Опасност којој су изложена поменута правом заштићена добра (јавни поредак, јавно здравље, јавна безбедност, животна средина) мора да буде стварна и озбиљна. Ограничење слободе прекограничног пружања услуга прописује се искључиво законом, а тумачи

у складу с начелом *недискриминације* по основу државе порекла пружаоца и корисника услуге, те *начелом пропорционалности* то јест сразмерности циљевима ради којих је конкретно ограничење прописано.⁴³

Према начелу *недискриминације*, ако је слобода прекограничног пружања услуга ограничена због неке од четири наведене категорије јавног интереса, то ограничење мора да важи како за домаће, тако и за стране пружаоце услуга. Не може се прописати посебан услов за стране пружаоце услуга – чак ни ако је то неопходно за заштиту неке од наведене четири категорије јавног интереса. Према начелу сразмерности, законско ограничење мора да буде адекватно, нужно и довољно за остваривање циља због којег је прописано.

Поступање неке државе према пружаоцима услуга који нису настањени у њој може да буде непосредно дискриминаторно. Такво понашање држава чланица изричито је забрањено и представља повреду слободе прекограничног пружања услуга. Међутим, држава може да се понаша и на индиректно дискриминаторан начин, односно да предузима мере које су прикривено дискриминаторне. Реч је о мерама које посредно одвраћају или дестимулишу пружаоце услуга из других земаља да прекогранично приступе тржишту услуга у датој држави. Дестимулишући ефекат се производи правилима која нису отворено дискриминаторна, али у крајњем исходу приморавају пружаоца услуга да знатно измени свој начин пословања да би могао да приступи тржишту услуга одређене земље, или га посредно односно прикривено толико оптерећују, да на крају сам доноси одлуку да не приступи томе тржишту, или да му приступи у знатно мањем обиму.⁴⁴ Међутим, овакво поступање државе чланице не представља директну повреду слободе прекограничног пружања услуга; држава поступа на начин који само посредно производи дискриминаторне последице. Зато се допуштеноост индиректне дискриминације пружалаца услуга по основу земље порекла цени према мање строгим мерилима од допуштеноости директне дискриминације по истом основу. Друкчије ре-

43 Ова правила Директиве представљају позаконско старе праксе Суда правде ЕУ, по којој захватање у слободу прекограничног пружања услуга мора да буде недискриминаторно, засновано на закону, подесно за остваривање циља ради којег се предузима и сразмерно томе циљу. *Gebhard*, C-55/94. Вид. детаљно у С. Barnard (2010), 350–351 и 373–378.

44 Вид. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 793, 797. Индиректна дискриминација значи да држава чланица формално не дискриминира пружаоце услуга по основу земље порекла, али да доноси правила односно примењује мере због којих су страни држављани односно пружаоци услуга који су настањени у другим државама фактички у неповољнијем положају од домаћих пружалаца услуга. Вид. F. Weiss, C. Каура, 252.

чено, постоји далеко више разлога којима може да се оправда поступање државе чланице које је индиректно дискриминаторно. Међу те разлоге се – поред заштите јавнога поретка, јавне безбедности, јавнога здравља и животне средине – убраја и заштита свега другог што се у пракси Суда правде ЕУ квалификује као јавни интерес.

Правила којима се штити слобода прекограничног пружања услуга не обавезују само државу, већ и сва лица којима су поверена односно на које су пренета одређена јавна овлашћења, укључујући професионална и струковна удружења и организације.⁴⁵ Пружаоци услуга су слободни да конкуришу свим осталим пружаоцима услуга у држави чланици у којој прекогранично пружају услуге, а државама чланицама није допуштено да доносе национална правила којима се ограничава или ускраћује слобода пружања услуга по критеријуму држављанства или настањености. Због тога неки правни писци сматрају да смисао правила којима се штити слобода прекограничног пружања услуга и није дерегулација услужног сектора, него остваривање слободе приступа тржишту друге државе чланице ЕУ те заштита конкуренције на томе тржишту.⁴⁶

На крају, старија и општија правила УФЕУ изузетно допуштају да се слобода пружања услуга ограничи по критеријуму земље порекла пружаоца услуга, када то налаже потреба да се заштите јавни интерес, јавна безбедност или јавно здравље. Реч је о уском, затвореном кругу разлога, којима може да се оправда задирање у све четири слободе, а не само у слободу кретања услуга.⁴⁷ За разлику од Директиве о услугама, ту се не помиње заштита животне средине. У сваком случају, дискриминаторно поступање државе чланице према пружаоцима услуга који нису настањени у њој, допуштено је непосредно правилима УФЕУ, али само изузетно, када то налаже потреба да се заштити неко од наведена три добра. То је нарочито важно у случају прекограничног обављања оних услужних делатности које су, по слову саме Директиве о услугама, изузете из њених правила.

4. Надзор над пружаоцима услуга

Директива о услугама гарантује слободу прекограничног пружања услуга на начин који је веома близак већ изложеном начелу државе порекла, па ефикасна административна сарадња између државе порекла и др-

45 О вертикалном и хоризонталном дејству одредаба УФЕУ и Директиве о услугама вид. детаљно код D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 797; C. Barnard (2010), 412.

46 W.-H. Roth, 10.

47 Вид. чл. 62 и 52 УФЕУ.

жаве у којој се услуге пружају представља једини начин да се осигура законито и безбедно обављање услужних делатности. У складу с тим, Директива обавезује органе јавне власти држава чланица да размењују информације о пружаоцима услуга, као и да спроведу надзор над пружаоцем услуга када то од њих захтева надлежни орган друге државе чланице. Ова обавеза подједнако пада на органе јавне власти државе порекла и органе јавне власти државе у којој се предметна услуга прекогранично пружа.⁴⁸ Ипак, надзор који врши *земља порекла* над лицем које прекогранично пружа услуге сматра се примарним инструментом заштите јавнога интереса. Држава у којој се услуга пружа може да обавља само допунски надзор, односно надзор који се иначе не спроводи у земљи порекла.⁴⁹ Логика овога приступа почива на потреби да се избегне двоструки надзор над пружаоцем услуга изван његове земље порекла и да се гради поверење међу државама чланицама.⁵⁰ Постојање двоструког надзора над прекограничним пружањем услуга отежавало би приступ тржишту услужних делатности изван земље порекла. Чак, сматра се да би лица која пружају услуге изван своје земље порекла била третирана на дискриминаторан начин, ако би била изложена дупломе надзору – једном у сопственој земљи, а други пут у земљи у којој пружају услуге.⁵¹

Директива садржи и посебна правила о поступку административне сарадње између органа јавне власти држава чланица, када прекогранично пружање конкретне услуге генерише стварну и озбиљну опасност по јавно здравље или животну средину:⁵² Ако је пружалац услуге настањен у једној држави чланици, а у другој обавља своју делатност на небезбедан начин, држава у којој он пружа услуге може да поведе поступак и да му изрекне мере ради спречавања или отклањања дате опасности у складу са својим унутрашњим прописима. Међутим, пре него тако поступи, држава у којој пружалац обавља услужну делатност на небезбедан начин мора да спроведе *поступак узајамне помоћи* који је предвиђен Ди-

48 Вид. чл. 18 и 28–35 Директиве о услугама.

49 С. Barnard (2010), 381–382.

50 D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 804.

51 У овом случају дискриминација се не састоји у примени различитих правила на исте или битно сличне случајеве, него у примени истога правила на случајеве који се битно разликују. Вид. W.-H. Roth, 13. Поједни аутори сматрају да је Болкенстајнов нацрт пружао бољу заштиту од двоструког надзора. С. Barnard (2010), 408–409. Други, пак, сматрају да у том погледу нема суштинске разлике између Болкенстајновог нацрта и Директиве о услугама. Вид. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 824.

52 Чл. 35 Директиве о услугама.

рективом о услугама. Сасвим изузетно, када прекогранична услужна делатност генерише опасност штете, држава чланица може да ограничи слободу пружања такве услуге, али само као *ultima ratio*, ако су мере земље порекла недовољне да гарантују безбедност.

V Осврт на Нацрт закона о услугама

Потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању Република Србија је на себе прихватила обавезу да постепено усклади домаће законодавство с правним тековинама Европске уније.⁵³ Споразумом је предвиђено да се већ у првој фази хармонизације у домаће право транспонују основни елементи правних тековина везани за унутрашње тржиште и уопште за трговину.⁵⁴ Србија је прихватила да у договору с Европском комисијом сачини програм спровођења обавеза из Споразума о стабилизацији и придруживању, те је већ у октобру 2008. усвојила Национални програм интеграције Републике Србије у Европску унију за период 2008–2012. Пошто су отворени приступни преговори, Србија је у јулу 2014. усвојила нови програм усклађивања домаћег законодавства с правним тековинама Европске уније.⁵⁵ Новим програмом је предвиђено да до краја 2015. године Влада Републике Србије усвоји стратешки документ о развоју сектора услуга у Републици Србији и да се усвоји кровни закон о услугама, којим би се домаће право ускладило са захтевима Директиве о услугама.⁵⁶ У складу с тиме Министарство трговине, туризма и телекомуникације сачинило је Нацрт закона о услугама, који је 2015. стављен на јавну расправу (у даљем излагању: *Нацрт*).⁵⁷

За разлику од Директиве о услугама, Нацрт садржи дефиниције прекограничног пружања и прекограничног коришћења услуга.⁵⁸ За-

53 Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Републике Србије, с друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008 (у даљем излагању: ЗССП).

54 Вид. чл. 72 ЗССП.

55 Национални програм за усвајање правних тековина ЕУ за период 2014–2018 (у даљем излагању: НППТ), доступно на адреси: www.seio.gov.rs, 15.4.2016.

56 НППТ, 201.

57 Доступно на адреси: <http://mtt.gov.rs/download/Nacrt%20zakona%20o%20uslugama.pdf>, 15.4.2016.

58 *Прекогранично пружање* је пружање услуге у Србији или у држави ЕЕП, када пружалац услуге није пословно настањен на територији државе у којој се услуга пружа; а *прекогранично коришћење* је коришћење услуге у Србији или у држави ЕЕП, када пружалац услуге није пословно настањен на територији државе у којој се услуга пружа. Вид. чл. 2 ст. 1 тач. 9 и тач. 10 Нацрта.

конска дефиниција тога типа могла би да буде од користи, јер се у највећем броју затечених националних прописа уопште не узима у обзир могућност прекограничног пружања услуга: Српско право обично прописује обавезу да се пружалац услуга региструје да би обављао било уређену услужну делатност, а у прописима се и не помиње могућност да лице које није пословно настањено у Србији пружа услуге на нашем тржишту.⁵⁹ Из дефиниција произлази да су законске гаранције слободе прекограничног приступа тржишту услуга ограничене на лица која су настањена односно која су држављани Србије или неке од земаља ЕЕП. Држављани трећих земаља и лица настањена у трећим земљама не уживају заштиту по Нацрту.⁶⁰

Четврта глава Нацрта носи наслов *Слобода прекограничног пружања услуга* (чл. 13–17). У чл. 13 Нацрта прописано је да је прекогранично пружање услуга у Републици Србији слободно и да може да се ограничи искључиво законом, и то само ако је конкретно ограничење неопходно за заштиту јавног поретка, јавне безбедности, јавног здравља или животне средине, и то од неке стварне и озбиљне опасности. Ограничење слободног приступа тржишту услуга не сме да буде дискриминаторно по основу земље порекла ни према пружаоцима, ни према корисницима услуга. Свако такво ограничење мора да буде сразмерно циљу због којег се прописује. У чл. 14 изричито је забрањено да се прекогранично пружање услуга условљава: пословним настањивањем пружаоца услуга у Србији; добијањем сагласности од органа јавне власти, уписом у привредни регистар или чланством у професионалном или струковном удружењу или организацији у Србији; поседовањем исправе на основу које се утврђује идентитет коју издаје домаћи орган јавне власти. Даље, пружаоцу услуге који није настањен у Србији не може да се забрани да успостави односно користи инфраструктуру потребну за обављање дате услужне делатности. Посебни услови у погледу опреме и потрошног материјала за пружање одређене услуге могу да се пропишу само ако је то неопходно за заштиту јавног здравља односно за спровођење или унапређење безбедности и здравља на раду. Забрањено је и спровођење мера којима се корисници услуга подстичу да услуге прибављају од пружалаца услуга који су настањени у Србији. Прекогранично обављање услужних делатности

59 Упор. израду планских докумената по Закону о планирању и изградњи; пружање туристичких услуга по Закону о туризму; пружање услуге оглашавања по Закону о оглашавању, итд.

60 Директива о услугама допушта да се дефиниција корисника услуге прошири, тако да обухвати сва физичка лица која користе или намеравају да користе услуге на територији државе чланице Вид. рецитал 36.

самозапослених лица не може се да се условљава заснивањем раднога односа, а није допуштено ни да им се у ову слободу задира прописивањем посебних правила о њиховој уговорној способности, примерице прописивањем дискриминаторних услова под којима могу да закључују уговоре одређене врсте. У чл. 15 Нацрта прописани су изузеци од начелне забране ограничења слободе прекограничног пружања услуга. Нацрт садржи и правила о административној сарадњи домаћих органа јавне власти с надлежним органима држава ЕЕП у контексту прекограничног приступа тржишту услужних делатности (чл. 16–17 и чл. 29–35).

VI Завршна разматрања

Нацрт закона о услугама из 2015. следи Директиву о услугама у свим питањима која су важна за прекогранични приступ тржишту услуга. Међутим, формална усклађеност кровног закона о услугама са словом Директиве о услугама није довољна да би се сматрало да је Србија испунила обавезе које је на себе преузела потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању. Директива о услугама је комплексан хоризонталан пропис; тумачи се у складу с одредбама УФЕУ и богатом праксом Суда правде ЕУ; утиче на велики број услужних делатности; налаже уклањање унутрашњих препрека за слободан прекогранични приступ услугама; захтева темељну реформу јавне администрације. Усвајање кровног закона о услугама представља тек први корак у томе смеру. Директива о услугама налаже дерегулацију, односно да се из унутрашњег правног поретка уклоне прописи којима се неоправдано омета прекогранични приступ услужним делатностима. Међутим, услужне делатности на које се примењује Директива о услугама нису уређене једним националним прописом у нас, већ су норме које утичу на остваривање слободе прекограничног приступа услугама садржане у великом броју закона и подзаконских аката. Након усвајања кровнога закона који је у погледу слободе прекограничног пружања услуга формално усаглашен са захтевима Директиве, настаће потреба да се измене бројни домаћи прописи којима се непосредно или посредно неоправдано онемогућава односно отежава прекогранично пружање услуга.

Marija KARANIKIĆ MIRIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

FREEDOM TO PROVIDE CROSS-BORDER SERVICES

Summary

The Internal Market for services is governed by two fundamental principles: the freedom of establishment, i.e. the freedom to establish a company in another member state, and the freedom of cross-border services, i.e. the freedom to provide or receive services in a member state other than the one where the company or consumer is established. These principles have come into being in the case law of the ECJ, and were codified through the Services Directive in 2006. The authors examine the scope and limitations of the freedom to provide cross-border services under the TFEU and the Services Directive, as well as in the Serbian Draft Law on Services of 2015.

Key words: *freedom of movement of services, cross-border provision of services, freedom of establishment, Services Directive (Directive 2006/123/EC).*

Др Сандра ФИШЕР ШОБОТ
доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ОБАВЕЗА ПРОДАВЦА ДА ПРЕДА ДОКУМЕНТА КОЈА СЕ ОДНОСЕ НА РОБУ КОД УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

Резиме

Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе предвиђа три основне обавезе продавца код уговора о међународној продаји робе. Продавац је дужан да испоручи робу, преда документа која се на робу односе и пренесе право својине на роби.

Предмет рада је анализа правних норми којима је регулисана обавеза продавца да преда документа код уговора о међународној продаји робе. У раду је размотрен однос обавезе испоруке и обавезе предаје документа, време, место и начин предаје документа и анализиране су правне последице повреде ове обавезе.

Кључне речи: *обавеза предаје документа, уговор о међународној продаји робе, Бечка конвенција, попуњавање празнина.*

I Уводне напомене

Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе – БК¹ предвиђа да је продавац дужан да на начин предвиђен уговором и конвенцијом испоручи робу, преда документе који се на робу односе и пренесе својину на роби.² Према томе, продавац има три основне обавезе – обавезу испоруке робе, обавезу предаје документа која се односе на робу и обавезу преноса права својине на роби. Предмет разматрања у раду је обавеза предаје документа који се односе на робу.

1 Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе - БК, Службени лист СФРЈ, бр. 10/1/84 од 31.12.1984).

2 БК, чл. 30 БК.

Обавеза предаје докумената регулисана је у чл. 34. БК. У првој реченици чл. 34. БК наведена је обавеза продавца да преда документа која се односе на робу у време, у облику и на месту како је то предвиђено уговором. Друга и трећа реченица чл. 34. односе се на право продавца да исправи недостатке у документима,³ а правило садржано у њима одговара праву продавца из чл. 37. БК да отклони недостатке испоручене робе. У одредби је наглашен принцип очувања уговора који је један од основних принципа садржаних у конвенцији.

II Однос обавезе испоруке робе и обавезе предаје докумената

Обавеза предаје докумената подразумева предају свих докумената која се односе на робу. Обавеза предаје докумената и обавеза испоруке повезане су, на шта указује и систематика конвенције, будући да се чл. 34. БК којим је регулисана обавеза предаје докумената налази одмах после одредби којима је регулисана обавеза испоруке робе.

Међутим, иако је обавеза предаје докумената повезана и следи обавезу испоруке, она је правно независна и одвојена од обавезе испоруке⁴ из следећих разлога. Прво, у чл. 30. БК наведено је да продавац има обавезу да у складу са уговором и конвенцијом испоручи робу, преда документа која се на робу односе и пренесе својину на роби. Дакле, БК предвиђа три основне обавезе продавца – обавезу испоруке робе, обавезу предаје докумената која се на робу односе и обавезу преноса права својине на роби. Друго, чл. 34 који се односи на предају докумената регулише случај када продавац пре рока за предају докумената преда несаобразна документа и право продавца да отклони недостатке (*right to cure*). Члану 34. БК који се односи на предају докумената одговара чл. 37. БК који се односи на обавезу испоруке. Из наведене дихотомије правила очигледно је да се ради о одвојеним обавезама. Треће, обавеза предаје докумената извршена је тек када купац или од стране купца овлашћено лице стекне државину на документима. Насупрот томе, обавеза испоруке према чл.

3 Друга и трећа реченица додате су на дипломатској конференцији у Бечу. Вид. пар. 2.3 *CISG-AC Opinion No. 11, Issues Raised by Documents under the CISG Focusing on the Buyer's Payment Duty*, Rapporteur: Professor Martin Davies, Tulane University Law School, New Orleans, U.S.A. Adopted by the CISG-AC following its 16th meeting, in Wellington, New Zealand, on Friday, 3 August 2012, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op11.html>.

4 Исто тако и Karsten Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, 2004, 510; Ingeborg Schwenzer, Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010, 560.

31(a) БК извршена је када продавац преда робу првом превозиоцу ради њеног достављања купцу. Према томе, чл. 31(a) БК који регулише испоруку предајом робе не може се аналогно применити на предају докумената. Четврто, разликују се правна средства купца у случају повреде обавезе испоруке и обавезе предаје докумената. Према чл. 45. БК купац има због повреде било које обавезе од стране продавца право да захтева извршење уговора, право на снижење цене, право на раскид и право на накнаду штете, самостално или кумулативно са неким од наведених права. Раскид уговора због повреде обавезе испоруке и обавезе предаје докумената могућ је увек када постоји битна повреда уговора.⁵ Међутим, у случају доцње са испоруком робе купац може да раскине уговор и када неиспука не представља битну повреду уговора, ако продавац обавезу не изврши ни у накнадно остављеном року или изјави да је неће извршити.⁶ Могућност раскида уговора у складу са чл. 49(1)(б) БК не постоји у случају неизвршења обавезе предаје докумената.⁷

Околност да се ради о две посебне и самосталне обавезе продавца важна је јер даје одговор на питање да ли је на обавезу предаје докумената могуће аналогно применити норме којима је регулисана обавеза испоруке. Према доминантном ставу у теорији права међународне продаје примена правила о обавези испоруке није могућа ни дозвољена. У прилог наведеном, према нашем мишљењу, могу се изнети барем два разлога. Први, приликом доношења конвенције намерно је остављена правна празнина у вези са обавезом предаје докумената.⁸ Други, на значајном броју места у конвенцији су обавезе одвојено регулисане. На основу свега наведеног сматрамо да правну празнину у погледу обавезе предаје докумената није могуће попунити применом правила која се односе на обавезу испоруке, него применом правила из чл. 7(2) БК о попуњавању правних празнина.

5 Вид. БК, чл. 49(1)(а) и чл. 25.

6 Вид. БК, чл. 49(1)(б).

7 За супротан став према коме би аналогна примена чл. 49(2)(б) била могућа и у случају неизвршења обавезе предаје докумената вид. I. Schwenzer, 563.

8 На дипломатској конференцији делегација Португала изразила је сумње у корисност чл. 34. БК и предложила да се конвенцијом регулише садржај обавезе предаје докумената, ако време, место и начин предаје докумената не произлази из уговора. Међутим, наведени предлог није прихваћен. Видети више на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/Fdraft.html>.

III Обавеза предаје докумената

Конвенција не садржи посебна правила која би регулисала обавезу предаје докумената, него упућује на уговор. Према чл. 34. када је продавац дужан да преда документе који се односе на робу мора их предати у време, на месту и у облику који су предвиђени уговором.⁹ Према томе, нормом се не заснива обавеза продавца да преда документа која се односе на робу, него се полази од претпоставке да таква обавеза постоји на основу уговора.¹⁰ Конвенција наглашава да продавац мора да изврши уговорне обавезе, па и оне у вези с предајом докумената. Одредба је деклераторног карактера и само потврђује и наглашава принцип аутономије воље из чл. 6. БК.¹¹

Обавеза предаје докумената се, по правилу, уговара.¹² Споразум страна може бити изричит или прећутан. Стране најчешће изричито уговором регулишу која документа продавац треба да преда купцу, као и место, време и начин њихове предаје. Уколико је уговорена примена *Правила МТК за коришћење термина у унутрашњој и међународној трговини*¹³ из 2010. године (даље у тексту: *INCOTERMS*), односно неке од *INCOTERMS* клаузула продавац мора да поступи у складу с правилима садржаним у њој. На пример, код клаузуле *EXW-франко фабрика* – продавац мора да обезбеди трговачку фактуру; код клаузуле *DDP – испоручено са плаћеним дажбинама* – продавац је дужан да обезбеди трговачку фактуру и да достави купцу документ који му омогућава да преузме испоруку. Код *FOB – франко брод* клаузуле продавац има обавезу да купцу преда трговачку фактуру у којој се наводи количина и вредност робе,¹⁴ као и да

9 Одредба садржана у БК разликује се од чл. 50. Хашког једнообразног закона о међународној продаји телесних покретних ствари (даље у фуснотама: УЛИС). У чл. 50. УЛИС предвиђено је да када продавац има обавезу да преда купцу документа која се односе на робу, он треба то да уради у време и на начин одређен уговором или обичајем.

10 Вид. БК, чл. 1.: „Ако је продавац дужан...“, енгл. *If the seller is bound...*“

11 Према другом ставу мисао чл. 34. БК је да се нагласи да се у недостатку уговорних одредаба на обавезу предаје докумената примењују обичаји и начело савесности. Вид. Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987, 267.

12 Вид. БК, чл. 34.

13 *INCOTERMS 2010: Правила МТК за коришћење термина у унутрашњој и међународној трговини, ступају на снагу 1. јануара 2011*, Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, Београд, 2010.

14 Вид. тачку А.1 *FOB* и одлуку у предмету Mexico 29 April 1996 Compromex Arbitration proceeding (*Conservas La Costeña v. Lanín*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960429m1.html>.

обезбеди за купца о свом трошку уобичајен доказ да је роба испоручена.¹⁵ Уношење *CIF-трошкови, осигурање и возарина* клаузуле у уговор значи да продавац мора да преда фактуру и сваки други доказ о усаглашености који се може тражити уговором, чисту теретницу, полису осигурања, а ако је предвиђено и извозну дозволу и друго званично одобрење.¹⁶ Уговарање *CFR-трошкови и возарина* клаузуле подразумева предају фактуре и чисте теретнице, а према ставу судске праксе не значи да је време предаје докумената битан елемент уговора.¹⁷

Ако уговор не садржи изричита правила о месту, времену и начину предаје докумената воља уговорних страна мора се тумачити у складу са чл. 8. БК. Уколико обавеза предаје докумената није уговорена може произлазити из обичаја и праксе успостављене између страна у складу са чланом 9. БК.¹⁸

Уколико не постоји ништа од наведеног, празнина се попуњава према правилу о попуњавању празнина из БК. С обзиром да обавеза предаје докумената представља материју која је уређена конвенцијом, али није изричито регулисана у њој, одговор, најпре, треба тражити у општим начелима на којима почива конвенција.¹⁹ Начела на којима почива БК која се у овом случају морају применити су, пре свега, начело разумности и принцип савесности.²⁰ Коначно, уколико ни то није могуће, празнина се попуњава применом правила меродавног националног права.²¹

1. Документи које продавац треба да преда

Конвенција не одређује ближе који су то *документи који се односе на робу*, а у теорији је прихваћен став да је наведену формулацију потребно широко тумачити,²² као и да због деклараторног карактера чл. 34. БК

15 Вид. *FOB* клаузуле, тачку А.8.

16 Вид. *CIF* клаузуле, тачке А.1, А.2, А.3 и А.8.

17 Вид. Одлука у предмету ICC Arbitration Case No. 7645 of March 1995 (*Crude metal case*), доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/957645i1.html>, 38; Исто тако, 2012UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, Digest of Article 34 case law доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-34.html>.

18 На дипломатској конференцији делегације Израела и Југославије истакле су да обавеза предаје докумената може произлазити не само из уговора, него и из обичаја и да је потребно да се то нагласи у тексту БК. Видети више на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/Fdraft.html>.

19 Вид. БК, чл. 7(2).

20 Вид. Н. Honsell, 376; I. Schwenzer, 492.

21 Вид. БК, чл. 7(2).

22 Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, 2818; Н. Honsell, 374.

није било неопходно да се у конвенцији одреди који су то документи. Према томе, чл. 34. БК односи се на *све врсте* докумената који се користе у реализацији прекограничних трансакција. Документи морају бити оне врсте и у оном облику да купац на основу њих може да преузме робу од превозиоца или трећег лица (нпр. складиштара) и са садржином која јасно идентификује врсту, количину и стање робе.²³

Који документи су документи који се односе на робу уређује се уговором и разликује се од случаја до случаја. У Коментару Секретаријата наведено је да је продавац је дужан да преда документа у време и у облику који ће омогућити купцу да робу преузме од превозиоца када роба приспе у место опредељења, да их стави на увуд царинским органима у земљи опредељења и да оствари своја права према превозиоцу или осигуравајућем друштву.²⁴ Сходно наведеном документа могу да се поделе на она која су купцу потребна за преузимање робе (коносман, складишница), она која му омогућавају увоз или робе (увозне / извозне дозволе, сертификати о пореклу, здравственој исправности робе) и она која му у случају оштећења дају захтев за исплату одређеног новчаног износа (полиса осигурања).

У сваком случају синтагмом *документи који се односе на робу* обухваћени су документи на основу којих се стиче контрола над робом и исправе које се издају у вези са извршењем уговора о продаји. У конвенцији разликују се документа према томе да ли омогућавају располагање робом.²⁵ Прву групу чине документа која представљају робу, односно документа на основу којих се робом може располагати (теретница, складишница), док у другу групу спадају документа која су од значаја за могућност коришћења робе²⁶ (увозне и извозне дозволе, потврде о пореклу робе, потврде о квалитету робе, тежини, фактуре, полисе осигурања, санитарни или фитосанитарни сертификати).

У пракси су најважнија документа која се јављају уз испоруку робе. Она се даље могу разврстати на она која се односе на превоз робе и

23 Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право – посебни део*, Крагујевац, 2009, 151.

24 UN DOC. A/CONF. 97/5 (Коментар УНЦИТРАЛ-а), Official Records, чл. 32, пар. 2, 31. Исто тако Burghard Piltz, *Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in Praxisorientierter Darstellung*, München, 1993, 128.

25 Вид. БК, чл. 58.

26 Вид. одлуку у предмету Spain 24 March 2009 Appellate Court Barcelona (*Cuttlefish case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090324s4.html>. Продавац је предао документа неопходна за царињење робе, као и сертификат о квалитету.

складиштење робе. Превозне исправе служе продавцу као доказ да је извршио обавезу испоруке, односно да је робу предао на превоз у стању које је у њима назначено, док купцу служе да преузме робу од превозиоца. Наведене исправе могу бити хартије од вредности (нпр. теретница код уговора о поморском превозу робе, теретница која се издаје у превозу робе унутрашњим воденим путевима) или могу бити исправе које немају својство хартије од вредности (нпр. товарни листови у друмском, железничком и ваздушном саобраћају, шпедитерска потврда, поштанска признаница). Непреносиви документи представљају доказ да је извршена испорука и да је закључен уговор о превозу.

Поред тога, уз уговор о продаји се редовно јављају фактура и полиса осигурања. Коначно, с обзиром на међународни карактер продаје, продавац може на основу уговора имати обавезу да купцу преда административна документа која ће обезбедити несметан прелазак робе преко државне границе, односно документа неопходна за извршење свих царинских формалности (нпр. потврда о пореклу робе,²⁷ извозне дозволе,²⁸ увозне дозволе, потврда о царињењу, сертификат о квалитету робе,²⁹ санитарни сертификат, конзуларна фактура, пакинг листа итд.). У судској пракси је заузет став да продавац нема обавезу прибављања царинских докумената потребних за извоз робе, осим ако то није предвиђено уговором о продаји.³⁰

У теорији права међународне продаје опште је приваћен став да документи који се односе на употребу и монтажу робе (нпр. техничка упутства за монтажу, коришћење и управљање) нису обухваћени чл. 34. БК. Они се сматрају саставним делом (припатком) робе, а њихова предаја спада у извршење обавезе испоруке.³¹

27 Вид. одлуку у предмету Germany 3 April 1996 Supreme Court (*Cobaltsulphate case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>; Spain 12 February 2002 Appellate Court Barcelona (*Comercial San Antonio, S.A. v. GrupoBlocnesa, S.L.*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020212s4.html>.

28 Вид. одлуку у предмету Spain 24 March 2009, Appellate Court Barcelona (*Cuttlefish case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090324s4.html>.

29 Вид. одлуку у предмету Ukraine 5 July 2005 Arbitration proceeding (*Medical equipment case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050705u5.html>.

30 Вид. одлуку у предмету Switzerland, 12 August 1997, District Court St. Gallen (*Clothes case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970812s1.html>.

31 В. Piltz, 127; Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2004, 2341; C. Brunner, 188; K. Schmidt, 510; H. G. Bamberger, H. Roth, 2817; H. Honsell, 374.

На врсту докумената која продавац треба да преда може да утиче и начин плаћања. Уколико се цена плаћа путем документарног акредитива банка у акредитивном писму одређује која документа продавац као корисник акредитива треба да преда акредитивној или кореспондентној банци. У случају да се плаћање врши на рачун продавца путем банкарске дознаке од значаја је да ли је дознака условна или безусловна. Код условне дознаке, купац као банчин налогодавац одређује које документе продавац као корисник дознаке треба да преда банци да би му била исплаћена сума одређена дознаком.

И последње, које документе ће продавац бити дужан да преда зависи и од обавезе купца да плати цену. Наиме, према чл. 58(2) БК ако је уговором предвиђен превоз робе, продавац може да отпреми робу под условом да роба или документи на основу којих се робом може располагати неће бити предати купцу док не исплати цену. Дакле, неки документи купцу морају бити предати у сваком случају, а неке продавац може задржати док купац не плати цену.³² Другим речима, код отпремног уговора, продавац купцу свакако мора да преда документе који су потребни за коришћење робе, а предају докумената на основу којих се робом може располагати може условити плаћањем цене од стране купца.³³

2. Време, место и начин предаје докумената

Уколико је *време* предаје докумената одређено уговором, продавац мора да поступи у складу са тим. Време предаје докумената може бити одређено и уговореном *INCOTERMS* клаузулом (нпр. CIF и CFR у тачки А.8 предвиђају да је продавац дужан да обезбеди одговарајући транспортни документ *без одлагања*) или може произлазити из уговорних одредби (нпр. ако су купцу за добијање увозних дозвола потребни одређени документи они му морају бити предати у време које омогућава увоз робе).³⁴

Надаље, време предаје докумената може бити условљено начином испоруке. Уколико је испорука извршена стављањем робе на располагање у одређено време на одређеном месту, продавац мора купцу да

32 Вид. такође пара.1.2. *CISG-AC Opinion No. 11* доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op11.html>.

33 Више о томе који документи се у смислу чл. 58(2) БК сматрају документима на основу којих се може располагати робом видети у пара. 6 *CISG-AC Opinion No. 11* доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op11.html>.

34 Вид. Н. Honsell, 375.

преда документа до времена које ће му омогућити благовремено преузимање робе.³⁵ Ако је испорука извршена предајом робе првом превозиоцу, документа по природи ствари треба да буду достављена купцу најкасније до приспећа робе у место опредељења.

Време предаје докумената може бити повезано и са плаћањем цене. Па тако, рок за предају докумената може се одредити из времена важења акредитива који је купац отворио у корист продавца.³⁶

Конечно, време предаје докумената може произлазити из обичаја или праксе успостављене између страна. Према ставовима изнетим у доктрини када време предаје докумената не може да се одреди ни на један од напред наведених начина могло би се сматрати општим принципом у складу са чл. 7(2) БК да продавац треба да преда документа у разумном року у складу са чл. 33(ц) БК.³⁷ Наведено сматрамо исправним, јер је *начело разумности* једно од основних начела на којима почива конвенција. Рок треба да почне да тече од закључења уговора, а његово трајање зависи од околности конкретног случаја. Наиме, зависи од тога да ли и када купац треба да преузме робу од превозиоца, да ли документа утичу на могућност купца да користи или препрода робу, односно предаја докумената треба да му омогући да у датом случају оствари захтеве према трећим лицима, нпр. због доцње или оштећења робе у транспорту.

Место предаје докумената може бити уговорено. Поред тога, место предаје докумената може да произлази из начина плаћања цене. Када се плаћање врши документарним акредитивом, место предаје докумената је седиште акредитивне банке у земљи купца или кореспондентне банке у земљи продавца. Ако је уговорено плаћање путем документарног инкаса, продавац документа треба да преда у месту доставне банке.

Уколико није посебно уговорено или не произлази из обичаја или праксе успостављене између страна, место предаје докумената је, по правилу, условљено местом испоруке. Уколико се испорука извршава стављањем робе на располагање у одређеном месту (место налажења робе –

35 У теорији постоје мишљења да продавац треба да преда купцу документа до времена које му омогућава да преузме робу у време испоруке. Вид. I. Schwenzer, 562.

36 Вид. одлуку у предмету China February 2006 CIETAC Arbitration proceeding (*Fluorite case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060200c1.html>.

37 I. Schwenzer, 562; K. Rebmann, F.J. Säcker, R. Rixecker, 2342; H. Honsell, 376; Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht*, Bern, 2004, 188.

чл. 31(б) или место пословања продавца – чл. 31(ц)) документа се купцу предају у том месту. Када се испорука извршава предајом робе превозиоцу примењује се правило да је продавац дужан да о свом трошку и на свој ризик пошаље документа купцу да би овај робу могао да преузме по њеном приспећу у место опредељења.³⁸

И у свим осталим случајевима када место предаје није одређено ни одредиво, обавеза предаје докумената је обавеза доношења (*die Bringschuld*), па документа купцу треба да буду предата у његовом месту пословања.³⁹ Сходно томе, продавац сноси ризик губитка и кашњења докумената.

Начин предаје докумената зависи од природе самих докумената. Уколико се купцу предају документи који су хартије од вредности предаја се врши у складу са правилима меродавног права о преносу хартија од вредности.

IV Право продавца да отклони недостатке у документима

Ако преда документе пре предвиђеног рока продавац може све до тог рока да поправи сваки недостатак саобразности у документима, под условом да ово његово право не проузрокује купцу ни неразумне непогодности ни неразумне трошкове. Купац, у овом случају задржава право да захтева накнаду штете.⁴⁰ Продавац недостатке у документима може о свом трошку отклонити и по протеку рока за испоруку, под условом да то учини без неразумног одлагања и без наношења купцу неразумних непогодности или неизвесности да ће му продавац накнадити трошкове које је с тим у вези имао. Купац, и у овом случају задржава право да захтева накнаду штете у складу са БК.⁴¹

V Правне последице повреде обавезе предаје докумената

Предати документи морају одговарати по врсти и по форми уговору и обичајима. Повреда (неизвршење) обавезе предаје докумената постоји уколико је продавац у доцњи са предајом докумената или ако је предао несаобразна документа. Несаобразност докумената може да се састоји у врсти докумената (нпр. предата је погрешна врста теретнице), са-

38 B. Piltz, 128; H. Honsell, 376, H.G. Bamberger, H.Roth, 2817; C. Brunner, 188.

39 K. Schmidt, 511. Исто тако: I. Schwenzler, 562.

40 Вид. БК, чл. 34, 2. и 3. реченица.

41 Вид. БК, чл. 48(1).

држини докумената (нпр. предат је сертификат о пореклу који указује да роба има другачије порекло од уговореног),⁴² форми (нпр. документ је на погрешном језику, нечиткост документа, грешка у куцању итд.).⁴³

У теорији не постоји сагласност да ли је у случају предаје несаобразних докумената купац дужан да обавести продавца о недостацима. Према једном мишљењу у случају предаје несаобразних докумената није могућа аналогна примена одредаба које регулишу дужност прегледа робе и дужност обавештавања о несаобразности испоручене робе из чл. 38. и 39. БК.⁴⁴ Упориште за овакав став представља текст чл. 38. и 39. БК који говоре о прегледу робе, односно о несаобразности робе. Насупрот томе, већински је став да и у случају предаје несаобразних докумената купац има дужност прегледа докумената и обавештавања продавца.⁴⁵ Један од основних аргумената је тај да продавчево право на отклањање недостатака у документима у складу са 2. реченицом чл. 34. БК и чл. 48. БК има смисла само ако купац има дужност обавештавања. Друго, постављање пред купца дужности обавештавања оправдано је с обзиром на сврху ове дужности. Наиме, основни циљ обавештења о несаобразности докумената је да продавац сазна за недостатке и да му се омогући да благовремено реагује. Сматрамо да дужност обавештавања произлази и из дужности смањења штете из чл. 77. БК.

У пракси када је уговорено плаћање путем документарног инкаса или документарног акредитива, продавац ће бити обавештен о недостацима у документима, јер ће купац или банка одбити да прихвате документа и изврше плаћање.⁴⁶

42 Вид. одлуку у предмету Germany 3 April 1996 Supreme Court (*Cobaltsulphate case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>. У конкретном случају предат је сертификат о пореклу који је указивао да је испоручена роба из Јужне Африке, а било је уговорено да роба треба да има британско порекло.

43 Вид. одлуку у предмету China 4 June 1999 CIETAC Arbitration proceeding (*Industrial raw material case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990604c1.html>. У теретници је била уписана 1999. година уместо 1998. године, тј. годину дана касније него што је испорука заиста извршена. Банка је одбила да исплати акредитивну суму. Арбитражно веће је закључило да је очигледно да се ради о грешци у куцању и да она не утиче купчеву могућност преузимања испоруке.

44 Вид. Н. G. Bamberger, Н. Roth, 2818; Н. Honsell, 377.

45 Rolf Herber, Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht – Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf*, München, 1991, 159; С. Brunner, 188; I. Schwenzler, 563; K. Schmidt, 511.

46 I. Schwenzler, 563, 564.

У случају повреде обавезе предаје докумената купац на располагању има правна средства из члана 45. БК. Купац има због повреде било које обавезе од стране продавца право да захтева извршење уговора, право на снижење цене, право на раскид и право на накнаду штете, самостално или кумулативно са неким од наведених права.⁴⁷

Право на раскид купац има само када повреда обавезе предаје докумената представља битну повреду уговора.⁴⁸ Да ли постоји битна повреда уговора одређује се према околностима случаја, а нарочито према важности докумената за купца. У случају предаје несаобразних докумената битна повреда постоји само ако недостатак у документима ограничава купца да користи робу у складу са његовим плановима.⁴⁹ Насупрот томе, битна повреда не постоји ако купац може да преузме робу и да је користи и поред неизвршења предаје докумената.⁵⁰ Према ставовима изнетим у судским и арбитражним одлукама битна повреда уговора не постоји када купац сам може да прибави документа,⁵¹ када је продавац спреман и у могућности да преда документа без недостатака,⁵² као у случају када је несаобразност документа последица очигледне грешке (нпр. у куцању).⁵³

У случају неизвршења обавезе предаје докумената купац не може да раскине уговор у складу са чл. 49(1)(б) БК.⁵⁴ Међутим, неизвршење обавезе предаје докумената који купца овлашћују на располагање робом има за последицу да купац не може да се легитимише и да због тога не може да преузме робу. Тада продавац врши повреду не само обавезе предаје докумената него и обавезе испоруке, па може да се користи и прав-

47 Вид. БК, чл. 45.

48 БК, чл. 25, 49(1)(а). Ukraine 5 July 2005 Arbitration proceeding (*Medical equipment case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050705u5.html>. Продавац није благовремено предао полису осигурања и сертификат о квалитету због чега купац није могао да изврши царинске формалности у погледу увоза робе.

49 Вид. пар. 3.5. *CISG-AC Opinion No. 11*, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op11.html> и пара. 4.9 *CISG-AC Opinion No.5*, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op5.html>.

50 Вид. пар. 3.5. *CISG-AC Opinion No. 11*, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op11.html>.

51 Вид. одлуку у предмету Germany 3 April 1996 Supreme Court (*Cobaltsulphate case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>.

52 K. Schmidt, 511.

53 Вид. одлуку у предмету China 4 June 1999 CIETAC Arbitration proceeding (*Industrial raw material case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990604c1.html>.

54 Вид. одлуку у предмету Germany 3 April 1996 Supreme Court (*Cobaltsulphate case*) доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>.

ним средствима због неизвршења обавезе испоруке.⁵⁵ То значи да је нпр. у случају непредаје складишнице купац овлашћен да раскине уговор и у складу са чл. 49(1)(б) БК, тј. ако продавац не изврши испоруку у накнадно остављеном року или изјави да робу неће испоручити у тако одређеном року. Ипак, треба имати на уму да овде купац може да се позива на чл. 49(1)(б) БК због тога што је повређена обавеза испоруке, а не због неизвршења предаје докумената.

VI Закључак

Код уговора о међународној продаји робе, према БК, продавац има три основне обавезе – обавезу испоруке робе, обавезу предаје докумената која се односе на робу и обавезу преноса права својине на роби.

Обавеза испоруке робе и обавеза предаје докумената који се односе на робу су две самосталне и независне обавезе. Сходно томе, на обавезу предаје докумената није могуће аналогно применити правила којима је регулисана обавеза испоруке.

Ако је продавац дужан да преда документе који се односе на робу, он их мора предати у време, на месту и у облику који су предвиђени уговором. Поред тога, време, место и начин предаје докумената могу произлазити из обичаја у складу са чл. 9(2) БК. У случају да не постоји ништа од наведеног, празнина се попуњава према правилу БК о попуњавању празнина.

Повреда (неизвршење) обавезе предаје докумената постоји уколико је продавац у доцњи са предајом докумената или ако је предао несаобразна документа. У том случају купац има правна средства наведена у чл. 45 БК. У случају предаје несаобразних докумената купац има дужност прегледа докумената и обавештавања продавца о несаобразности. Право на раскид купац има само када повреда обавезе предаје докумената представља битну повреду уговора.

55 B. Piltz, 129; K. Schmidt, 511.

Sandra FIŠER ŠOBOT, PhD

Assistant Professor at Faculty of Law University of Novi Sad

OBLIGATION OF THE SELLER TO HAND OVER DOCUMENTS RELATING TO THE GOODS IN CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

In international sales contracts, according to the CISG, the seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods.

Delivery of the goods and handing over of documents relating to the goods are separate and independent obligations. Consequently it is not possible to apply CISG rules regulating delivery obligation by analogy to the seller's obligation in relation to documents.

If the seller is bound to hand over documents relating to the goods, he must hand them over at the time and place and in the form required by the contract. In addition, time, place and form of handing over can be determined by usages that would govern the parties' contract by operation of Art. 9(2) of the CISG. Finally, if the contract is silent and there are no usages, all relevant issues regarding handing over of documents are to be settled in conformity with the general principles on which CISG is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

Breach of the obligation to hand over the documents constitutes a breach of the contract by the seller to which the remedies from Art. 45 of the CISG apply. In the case of handing over of non-conforming documents the buyer has the duty to inspect the documents and to notify the seller of the non-conformity. The buyer can avoid the contract only in accordance with Art. 49(1)(a) of the CISG i.e. if the breach of the obligation is fundamental.

Key words: *obligation to hand over documents, contract for the international sale of goods, CISG, gap filling.*

Др Марко ЈОВАНОВИЋ, LL.M.
доцент на Правном факултету Универзитета у Београду

МЕСТО ПОСЛОВАЊА ИЛИ СЕДИШТЕ? О ПРАВНОМ ЗНАЧАЈУ РАЗЛИКЕ У ПРЕВОДУ КОНВЕНЦИЈЕ УН О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ*

*Ако нека реч не постоји – измисли је.
Али пре тога се увери да та реч заиста не постоји.*

Шарл Бодлер

Резиме

У домаћој правној теорији више пута је истакнута неадекватност превода термина „место пословања“ из оригиналног текста Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе у српском (југословенском) закону о ратификацији те Конвенције. Аутор у овом раду испитује правну релевантност наведене терминолошке разлике. У том циљу најпре се објашњавају концепти седишта и места пословања а затим испитују могућности њиховог приближавања кроз евентуално тумачење појма места пословања у светлу критеријума који се користе за утврђивање места седишта. Пошто закључује да такво приближавање није могуће, аутор даље разматра однос Конвенције и закона о њеној ратификацији како би утврдио ком термину треба дати предност и закључује да би, независно од термина употребљеног у закону о ратификацији, појам места пословања требало тумачити независно од било каквих националних концепата, у складу са међународним карактером Конвенције и у светлу међународне праксе у њеној примени, како би се испунио услов једнообразности примене који сама Конвенција поставља.

Кључне речи: међународна продаја робе, Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе, седиште, место пословања, ратификација (потврђивање) међународних уговора.

* Рад је израђен као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ на Правном факултету Универзитета у Београду.

I Увод

Конвенцијом Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту: Бечка конвенција или Конвенција)¹ створен је широко прихваћен² унификован³ правни оквир за једну од најчешће извођених трансакција међународног пословног промета – међународну продају робе. Широка прихваћеност Бечке конвенције може се, између осталог, приписати и околности да је Конвенција у доброј мери успела да премости разлике у националним концептима уговорног права и понуди правна решења која ће задовољавати потребе ефикасног одвијања међународне трговине, а не интересе појединих држава или група држава.⁴ Овај циљ Конвенција је постигла коришћењем аутономних концепата⁵ и, на општем плану, прописивањем принципа аутономног тумачења Конвенције.⁶

- 1 Конвенција је потписана на дипломатској конференцији у Бечу 11. априла 1980. године након вишегодишњег рада на припреми нацрта њеног коначног текста и анализе искустава у примени ранијих инструмената унификације међународног уговорног права. Социјалистичка Федеративна Република Југославија је била међу државама које су Конвенцију потписале одмах након усвајања коначне верзије њеног текста а ратификовала је четири године касније, 27. децембра 1984. године (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр 10-1/84 од 31. децембра 1984. године), чиме је постала једна од првих једанаест држава које су својом ратификацијом омогућиле да Конвенција ступи на снагу 1. јануара 1988. године. Влада СРЈ је 12. марта 2001. године упутила секретаријату Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (*UNCITRAL*) изјаву о сукцесији СРЈ Бечкој конвенцији почевши од 27. априла 1992. године, дана од када је СРЈ постала одговорна за своје међународне односе. Ажурирани подаци о тренутном статусу Конвенције доступни су на веб-страни Комисије УН за међународно трговинско право, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, 2.4.2016.
- 2 Закључно са 2. априлом 2016. године, Конвенција је бројала 84 државе-уговорнице међу којима су најзначајнији учесници у међународној трговини: Кина, САД, Русија, Јапан, Кореја, Бразил, Холандија, Француска, Италија... Од водећих светских трговинских сила ван система Конвенције данас остаје практично само Велика Британија.
- 3 О значају Бечке конвенције као инструмента унификације права међународне продаје робе вид. Joseph M. Lookofsky, „Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules“, *American Journal of Comparative Law*, 39/1991, 403-416; Peter Schlechtriem, „Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations“, *Juridica International*, vol. 10, 2005, 27-34; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „The CISG – Successes and Pitfalls“, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, 457-478; Милена Ђорђевић, „Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе у српском праву и пракси – искуства и перспективе“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2012, 256-275.
- 4 У том смислу: Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, „Introduction“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. Ingeborg Schwenzer), 3rd edition, Oxford, 2010, 3.
- 5 Под аутономним концептима подразумевамо коришћење института чији је садржај у систему Бечке конвенције одређен независно од садржаја који би институти истог или сличног на-

Један од аутономних концепата који Конвенција користи јесте и концепт места пословања страна у уговору о међународној продаји робе. Овај концепт се користи за одређивање поља примене Конвенције,⁷ правило о предности примене Конвенције над другим међународним споразумима који уређују исту материју,⁸ ограничење или искључење примене Конвенције или појединих њених одредаба,⁹ одређена правила о рачунању рокова,¹⁰ нека правила о одређивању места испоруке робе,¹¹ нека правила у вези са дужношћу продавца да испоручи робу слободну од сваког права или потраживања трећих лица која се заснивају на индустријској или другој интелектуалној својини а били су му у тренутку закључења уговора познати или му нису могли бити непознати, под условом да се право или потраживање заснива на индустријској или другој интелектуалној својини,¹² нека правила у вези са одређивањем места плаћања цене и повећања трошкова услед промене места пословања након закључења уговора¹³ и нека правила у вези са преласком ризика.¹⁴

Међутим, у Закону о ратификацији Конвенције који је крајем децембра 1984. године усвојила Скупштина СФРЈ,¹⁵ израз „место пословања“ (енг. *place of business*, фр. *établissement*, шп. *establecimiento*) преведен је као „седиште“, што, како ћемо касније детаљно објаснити, не одговара ни енглеском, ни француском, ни шпанском термину.¹⁶ На ову недоследност већ је указано у домаћој правној књижевности,¹⁷ а ми ћемо на овом

зива имали у националним правима. Пример за такав аутономни концепт би била битна повреда уговора (чл. 25 Конвенције) која је у систему Конвенције дефинисана тако да покрије читав низ института различитих националних уговорних права. Вид. у том смислу: P. Schlechtriem, I. Schwenzer, 11-12.

6 Принцип аутономног тумачења прописан је у чл. 7 ст. 1 Конвенције, који налаже да се приликом тумачења Конвенције води рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се унапреди једнообразност њене примене.

7 Чл. 1 Конвенције.

8 Чл. 90 Конвенције.

9 Чл. 12, 93(3), 94(1) и 96 Конвенције.

10 Чл. 20(2) Конвенције.

11 Чл. 31(ц) Конвенције.

12 Чл. 42(1)(б) Конвенције.

13 Чл. 57 Конвенције.

14 Чл. 69(2) Конвенције.

15 *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр 10-1/84 од 31. децембра 1984. године.

16 Конвенција предвиђа да су њени текстови на енглеском, француском, шпанском, арапском, кинеском и руском подједнако веродостојни.

17 Маја Станивуковић, „Поље примене Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2000, 936; Радован Вукадиновић, „Територијални домашјај примене

месту покушати да утврдимо правну релевантност наведене терминологије разлике. У том циљу, најпре ћемо објаснити разлику у концептима седишта и места пословања (II) а затим размотрити однос Конвенције и закона о њеној ратификацији и покушати да утврдимо како би термин „место пословања“ требало тумачити (III).

II Седиште vs. место пословања

1. Седиште

Седиште представља елемент којим се изражава веза правног лица са одређеном територијом. Правила о одређивању седишта посебно су развијена у материји компанијског права. Међу различитим тачкама везе привредног друштва са неком територијом законодавац као релевантну за одређивање седишта прописује ону за коју сматра да на најбољи начин одражава потребан квалитет повезаности. При томе би требало имати у виду значај који седиште привредног друштва има за правни промет. Седиште, између осталог, служи за одређивање места закључења и испуњења уговора, за одређивање месне надлежности судских и управних органа у поступцима у којима учествује друштво или који се воде према друштву, за одређивање месне надлежности органа за вршење надзора над законитошћу рада привредног друштва, за испуњавање фискалних обавеза, итд.¹⁸

Треба приметити да национални прописи о одређивању места седишта привредног друштва немају задатак да изврше међународну дистрибуцију места седишта. Напротив, ови прописи су *унилатерални* и задатак им је (само) да одговоре на питање да ли неко привредно друштво, у светлу критеријума које ти прописи постављају као одлучујуће, има седиште на територији државе чијем праву дати прописи припадају или не. Питање одређивања места седишта привредног друштва различито је од питања одређивања *меродавног права* за привредна друштва (*lex societatis*).¹⁹ Сходно томе, критеријуми који се користе за утврђивање места седишта друштва не морају да се поклапају са критеријумима који се

Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2003, 431; Младен Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд, 2005, 143; Владимир Павић, Милена Ђорђевић, „Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2008, 568-569; Сандра Фишер Шобот, *Право међународне продаје*, Нови Сад, 2014, 43.

18 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, 9. издање, Београд, 2015, 96.

19 Вид. у том смислу: Татјана Јевремовић Петровић, „Државна припадност, *lex societatis* и седиште привредног друштва“, *Правни живот*, бр. 11/2010, 155-156.

користе за одређивање меродавног права за друштво, што правила српског компанијског и међународног приватног права јасно потврђују.²⁰

У упоредном праву се разликују три приступа одређивању места седишта друштва: систем инкорпорације (који за релевантну повезницу узима место регистрације друштва), систем стварног седишта (који за релевантну повезницу узима место где друштво обавља главну делатност или одакле се управља друштвом) и систем статутарног седишта (који за релевантну повезницу узима место које је у статуту друштва означено као седиште).²¹

У упоредном праву је до недавно широко била заступљена теорија стварног седишта, чији је циљ био да онемогући изигравање закона до којег би могло да дође ако је друштво основано у једној држави а своје пословање обавља у другој.²² Међутим, у последње време, под утицајем разних фактора, ситуација се мења и теорија инкорпорације добија све већи замах.²³

2. Место пословања

Иако на неколико места користи концепт места пословања, Бечка конвенција га ни у једној својој одредби не дефинише. Теорија и пракса су зато тражиле неке смернице за одређивање значења овог појма у члану 10 Конвенције, који садржи правила за одређивање релевантног места пословања у ситуацији када страна у уговору о међународној продаји робе има више места пословања и прописује да, у случају да страна у уговору о међународној продаји робе нема место пословања, ова повезница ће се заменити уобичајеним боравиштем те стране (енг. *habitual residence*, фр. *résidence habituelle*, шп. *residencia habitual*). Још један путоказ за утврђивање значења појма места пословања налази се и у општем правилу о аутономном тумачењу појмова садржаних у Конвенцији, садржаном у члану 7 став 1 Конвенције.

20 Тако, члан 19 став 1 српског Закона о привредним друштвима (Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015) као критеријум за одређивање места седишта привредног друштва узима његово стварно седиште, док је чланом 17 став 1 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗМПП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1982, 72/1982, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/1996, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006) као примарни критеријум за одређивање националне припадности привредног друштва, тј. меродавног права за друштво, прописано место оснивања.

21 М. Васиљевић, 95-96.

22 Т. Јевремовић Петровић, 158.

23 *Ibid.*, 158-159.

Местом пословања у смислу Конвенције се тако сматра место из кога се *de facto* предузимају послови,²⁴ у коме постоји континуирана и стабилна пословна организација²⁵ стране у уговору о међународној продаји робе и које те послове може самостално да предузима.²⁶ Неки аутори чак предлажу да се смернице за тумачење појма места пословања траже у Конвенцији УН о употреби електронских средстава комуникације у међународним уговорима²⁷ која у свом члану 4(х) место пословања дефинише као било које место на коме уговорна страна има устаљено настањење (енг. *non-transitory establishment*) из кога изводи привредну делатност, искључујући привремено прибављање роба и услуга са одређене локације и која у члану 6(1) уводи обориву претпоставку да ће се местом пословања стране сматрати оно место које је та страна назначила.²⁸ Са друге стране, местом пословања се неће сматрати место на коме је закључен уговор о продаји робе²⁹ или место са којим нека од уговорних страна има само ефемерну или слабу везу, као што је изложбени или сајамски штанд.³⁰

-
- 24 John Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, The Hague, 1999, 33; Oberlandesgericht Stuttgart (Немачка), 28. фебруар 2000; Tribunale di Rimini (Италија), 26. новембар 2002; Oberster Gerichtshof (Аустрија), 10. октобар 1994; Amtsgericht Duisburg (Немачка), 13. април 2000; Tribunale di Padova (Италија), 25. фебруар 2004; Tribunale di Forlì (Италија), 11. децембар 2008; Oberlandesgericht Hamm (Немачка), 2. април 2009; Loukas Mistelis, „Article 1^c, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), München, 2011, 33.
- 25 Erik Jayme, „Article 1^c, *Commentary on the 1980 Vienna Sales Convention* (eds. Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell), Milan, 1987, 30; ICC Court of Arbitration Case No. 9781 (2000); Tribunal Cantonal du Valais (Швајцарска), 19. август 2003.
- 26 Peter Schlechtriem, „Article 1^c, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer), 2nd edition, Oxford, 2005, 31.
- 27 Ова Конвенција је ступила на снагу 1. марта 2013. године. За основне податке о Конвенцији и њеном тексту вид. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html, 1.4.2016.
- 28 Camilla Baasch Andersen, Francesco Mazzotta, Bruno Zeller, *A Practitioner's Guide to the CISG*, New York, 2010, 119-120. Ипак, иако увиђамо разлоге из којих се наведени аутори опредељују да смернице за дефинисање појма места пословања траже у извору једнообразног међународног привредног права који је, баш као и Бечка конвенција, састављен под окриљем УН, изражавамо опрез у погледу прикладности оваквог аналогног тумачења, будући да Конвенција о употреби електронских средстава комуникације у међународним уговорима, са својих 7 ратификација колико је имала на дан 1. априла 2016. године, по нашем мишљењу још увек не представља довољно ауторитативан извор права.
- 29 *Ibidem*.
- 30 Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Article 1^c, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. Ingeborg Schwenzer), 3rd edition, Oxford, 2010, 37.

Сходно наведеном, може се закључити да појам места пословања, поред захтева да мора да буде познат уговорним странама, који је изричито постављен самом Конвенцијом,³¹ има још два конститутивна елемента: 1) сталност или стабилност присуства и 2) постојање способности организационе јединице локализоване у месту пословања да самостално предузима послове међународне продаје робе.³² Услов сталности или стабилности присуства објашњава се потребом предвидљивости као елемента правне сигурности,³³ као и околношћу да се место пословања у систему Конвенције користи, између осталог, и за уређење питања која имплицирају постојање континуитета током трајања уговорног односа или барем неких његових фаза (нпр. одређивање места испоруке, места плаћања цене, правила о рачунању рокова).³⁴ Са друге стране, самосталност у предузимању послова не захтева постојање неке унапред одређене правне везе између главне управе компаније и неке њене организационе јединице нити је условљено постојањем правног субјективитета јединице,³⁵ већ представља питање које у сваком конкретном случају треба да се цени у светлу релевантних околности.

Дакле, речима Апелационог суда у Грацу, место пословања у систему Бечке конвенције „(...) није правнотехнички појам. Овај израз се односи на било које место са кога страна учествује у трговинским трансакцијама са трећим лицима са одређеним степеном независности. Место пословања не мора да представља епицентар пословне делатности нити да буде седиште пословне управе (...) али, са друге стране, обављање строго помоћних функција у пословању предузећа се неће сматрати довољним“.³⁶

31 Члан 1 став 2 Конвенције прописује: „Чињеница да стране имају своја места пословања у различитим државама неће се узети у обзир када год то не проистиче из уговора или ранијег пословања између страна или из обавештења које су оне дале у било које време пре или за време закључења уговора“. О значају услова познатости места пословања у систему Конвенције вид. и: Р. Вукадиновић, 430-434.

32 Stavros Brekoulakis, „Article 10“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), München, 2011, 176-179, са даљим навођењима.

33 Peter Winship, „The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts“, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (eds. Nina Galston, Hans Smit), New York, 1984, 21.

34 J. Honnold, 32; S. Brekoulakis, 175.

35 P. Schlechtriem (2005), 31-32; I. Schwenzer, P. Hachem (2010), 37; L. Mistelis, 33.

36 Oberlandesgericht Graz (Аустрија), 29. јул 2004.

3. Могућност приближавања концепата – тумачење места пословања као седишта?

Иако концепти седишта и места пословања имају извесне додирне тачке, наведена објашњења једног и другог појма показују да се они ипак не поклапају у потпуности. Зато не чуди што је готово једногласно мишљење у теорији, за које се, уосталом, упориште налази у самом тексту Конвенције – принципу аутономног тумачења из члана 7 став 1, да појам места пословања за потребе примене Конвенције треба разумети независно од значења истог или сличних појмова у националним правима.³⁷ Ипак, постоје аутори који нарочиту пажњу поклањају околности да Конвенција не дефинише појам места пословања, па стога сугеришу да питање његовог тумачења треба да буде уређено (националним) правом чија меродавност произлази из примене релевантних правила међународног приватног права,³⁸ што је приступ за који се, барем теоријски, упориште може тражити у члану 7 став 2 Конвенције.³⁹ Гледиште да би појам места пословања из оригиналног текста Конвенције требало тумачити као седиште изнето је и у домаћој правној теорији.⁴⁰ Такви ставови наводе на размишљање о могућностима евентуалног приближавања концепата места пословања и седишта на тај начин што би се могло поставити питање да ли појам места пословања треба заправо тумачити у светлу критеријума за одређивање седишта, на основу члана 7 став 2 Конвенције. Сматрамо да овакав приступ није прихватљив, и то из неколико разлога.

Прво, концепт места пословања, као што смо напоменули, јавља се на неколико места у Конвенцији и управо из сврхе у коју се користи било је могуће извести неке његове карактеристике у систему Конвенције, као што су стабилност и способност за независно предузимање послова међународне трговине робом. Зато нам се не чини убедљивим мишље-

37 Christophe Bernasconi, „The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)“, *Netherlands International Law Review*, vol. 46, 1999, 145-146; М. Станивуковић (2000), 936; Р. Вукадиновић, 430-434; I. Schwenzer, P. Hagem (2010), 37; S. Brekoulakis, 175-176.

38 Pilar Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancias*, 2001, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>, 1.4.2016.

39 Члан 7 став 2 Конвенције прописује: „Питања која се тичу материја уређених овом конвенцијом а која нису изричито решена у њој, решаваће се према општим начелима на којима ова конвенција почива или, у одсуству тих начела, према праву меродавном на основу правила међународног приватног права“.

40 Вид. у том смислу: Владимир Стојиљковић, *Међународно привредно право*, 2. издање, 2003, Београд, 141.

ње да не постоје општа начела Конвенције на основу којих се може тумачити појам места пословања, што је, према члану 7 став 2 Конвенције, услов за прибегивање правилима међународног приватног права и, у крајњем исходу, улазак у сферу примене националног права.

Друго, правила за утврђивање места седишта једног правног субјекта не морају нужно да буду јединствено уређена у оквирима једног националног права. Наиме, треба имати у виду да се Бечка конвенција не примењује само на трансакције између привредних субјеката.⁴¹ Тако, на пример, уговор о продаји пет аутомобила који ће бити изложени као експонати у музеју старих возила, закључен између колекционара возила и музеја који намерава да их изложи у оквиру поставке за коју наплаћује улазнице, сматраће се продајом робе у смислу Бечке конвенције. Ако би се на питање одређивања седишта музеја примењивало српско право, правила за одређивање његовог седишта не би се тражила у Закону о привредним друштвима, који познаје критеријум стварног седишта, већ у Закону о култури, који садржи критеријум статутарног седишта.⁴² Све и када овакве и сличне разлике⁴³ у приступу одређивању седишта не би доводиле до практичних проблема,⁴⁴ неуједначеност критеријума би била у супротности са принципом једнообразне примене Конвенције, смањивала би предвидљивост и угрожавала би правну сигурност у међународним трговинским трансакцијама.

Треће, тумачење места пословања као седишта у правним системима који прихватају критеријум инкорпорације било би супротно идеји фактичког присуства стране у уговору о међународној продаји робе на некој територији која је, како смо показали, широко прихваћена од арбитража и судова приликом примене Бечке конвенције. Исти проблем би се десио и уколико би се стало на становиште да место пословања, барем у контексту члана 1 став 1 Конвенције, представља критеријум (тачку вези-

41 Чланом 1 став 3 Конвенције прописано је да се држављанство страна, као ни грађански или трговачки карактер страна или уговора неће узимати у обзир приликом примене Конвенције.

42 Закон о култури, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 13/2016, 30/2016, чл. 26 ст. 2 т. 2.

43 Тако, на пример, Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014) у члану 40 став 2 предвиђа да је за суђење у споровима против правних лица опште месно надлежан суд на чијем подручју се налази њихово седиште, према извештају Агенције за привредне регистре. Тиме се, дакле, даје примат регистрованом седишту.

44 До практичних проблема у контексту примене Бечке конвенције би потенцијално могло да дође ако би ентитет испољавао јаке везе са различитим државама (стварно седиште у једној а регистровано у другој држави) а њихова правила за одређивање седишта била међусобно супротстављена.

вања) за одређивање *националне припадности* страна у уговору о међународној продаји робе, а меродавна правила међународног приватног права у погледу националне припадности правног лица прихватају систем инкорпорације, што би, примера ради, био случај са швајцарским⁴⁵ и српским⁴⁶ међународним приватним правом.⁴⁷

Коначно и посебно деликатно, унилатерална природа националних правила о одређивању места седишта узрокује извесна ограничења у примени тих правила у приватноправним односима са елементом иностраности. Како би свеобухватна анализа упоредноправних правила о одређивању седишта привредних друштава превазилазила обим и сврху овог рада, изнети закључак ћемо образложити из перспективе правила о одређивању места седишта садржаних у српском Закону о привредним друштвима. Закон дефинише седиште као место на територији Републике Србије из кога се управља пословањем друштва и које је као такво одређено оснивачким актом или одлуком скупштине.⁴⁸ Закон даље предвиђа да се адреса седишта привредног друштва региструје у складу са законом о регистрацији.⁴⁹ Наш закон, дакле, прихвата концепцију одређивања седишта привредног друштва према тзв. стварном седишту, и то у варијанти места управе.⁵⁰ Такође, може се закључити да наш закон полази и од претпоставке да се места стварног, статутарног и регистрованог седишта поклапају, што по правилу јесте случај за статутарно и регистровано седиште, али у пракси не мора да важи и за стварно седиште.⁵¹

Могући несклад стварног и регистрованог седишта могао би да доведе до значајних потешкоћа уколико би се за потребе примене Бечке конвенције место пословања тумачило као седиште. Ситуација у којој би се наведена потешкоћа испољила била би она у којој привредно друштво које закључује уговор о међународној продаји робе има статутарно (и регистровано) седиште у Србији, а стварно седиште у држави А која прихвата критеријум инкорпорације приликом одређивања места седишта привредног друштва. Да би се одредило место седишта таквог привред-

45 Швајцарски Закон о међународном приватном праву (1987), чл. 154.

46 ЗМПП, чл. 17 ст. 1.

47 Више о проблему утврђивања меродавног права за националну припадност правних лица вид. Маја Станивуковић, „Тачке везивања за комерцијална правна лица у међународном приватном праву“, *Правни живот*, бр. 12/2003, 433-451; Т. Јевремовић Петровић, 162-166.

48 ЗПД, чл. 19 ст. 1.

49 ЗПД, чл. 19 ст. 4.

50 М. Васиљевић, 95.

51 Татјана Јевремовић Петровић, 160.

ног друштва, потребно је испитивати испуњеност критеријума предвиђених компанијским правом државе претпостављеног седишта,⁵² што значи да ће за питање да ли друштво има седиште у Србији бити меродавно српско право, док ће за питање да ли друштво има седиште у држави А бити меродавно право државе А. У описаном случају, строго формално се не може сматрати да привредно друштво има седиште у Србији, јер примарни услов из члана 19 став 1 Закона о привредним друштвима (место стварног седишта на територији Републике Србије) није испуњен. Са друге стране, не може се сматрати ни да наведено друштво има седиште у држави А, јер му се у њој не налази регистровано седиште, што држава А узима као критеријум за одређивање места седишта.

Практичан излаз из овакве тешкоће би, из перспективе српског права, могао да се нађе у позивању на принцип поуздања у податке из регистра привредних субјеката,⁵³ што би даље за последицу имало давање „предности“ статутарном седишту над стварним. Тада би могло да се закључи да такво привредно друштво ипак има седиште на територији Републике Србије, јер би се у противном дошло до апсурдног закључка да друштво чије је стварно седиште у држави која прихвата принцип инкорпорације а регистровано седиште у држави која прихвата принцип стварног седишта у правном смислу нема седиште нигде. Ипак, могућност прибегавања овом „помоћном механизму“ по нашем мишљењу не оповргава закључак да се концепт седишта привредног друштва, барем онако како је постављен у унутрашњем праву, показује недовољно прикладним за примену у приватноправним односима са елементом иностраности.

Сматрамо да описане потешкоће јасно указују на проблеме до којих би могло да доведе коришћење тумачење концепта места пословања као седишта привредног друштва у систему Бечке конвенције. Сходно томе, намеће се закључак да је потребно одлучити се за употребу једног од наведена два концепта. Да би се одговорило на питање ком концепту треба дати предност у примени, потребно је испитати правни значај и сврху потврђивања међународних уговора у српском праву.

52 Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, 14. издање, Београд, 2012, 279.

53 ЗПД, чл. 6 ст. 1; Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014, чл. 3 ст. 1 т. 1.

III Место пословања или седиште? Однос Конвенције и закона о њеној ратификацији

Претходна разматрања су указала да, преводeћи појам места пословања као седиште, српски Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе садржи неадекватан термин. Ова недоследност може да буде правно значајна у најмање три врсте случајева: 1) када је једна од страна у уговору о међународној продаји робе локализована у Србији па је потребно утврдити да ли је та локализација потребног квалитета да би омогућила примену Конвенције, односно дала смисао њеним одредбама које се позивају на место пословања; 2) када су странке предвиделе да се на њихов уговор о међународној продаји робе примењује српско право (које укључује Бечку конвенцију, осим уколико стране својом вољом нису искључиле њену примену);⁵⁴ и 3) када се спор из уговора о међународној продаји робе решава пред судовима Републике Србије. Да ли ће, дакле, у наведеним случајевима бити меродаван термин употребљен у Конвенцији или термин коришћен у Закону о ратификацији, односно да ли ће се примењивати Конвенција као део међународног права или домаћи закон о њеној ратификацији?

Од опредељивања за један или други акт зависи много практичних питања, јер осим потенцијалних неподударности у тексту, међународни уговор и закон о његовој ратификацији имају и друге значајне разлике као што је, примера ради, тренутак ступања на снагу.⁵⁵ Пракса српских судова, па чак и Уставног,⁵⁶ показује да понекад долази до мешања међународног уговора и закона о његовој ратификацији, што додатно намеће потребу разматрања изложене дилеме. У том циљу, потребно је анализирати појам и значај ратификације међународног уговора.

54 О овом виду примене Бечке конвенције вид. М. Станивуковић (2000), 931-934; М. Драшкић, М. Станивуковић, 133-148; Р. Вукадиновић, 427-440; В. Павић, М. Ђорђевић, 568-578; Т. Вараци, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 417-418; Марко Јовановић, „Примена Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе када правила међународног приватног права упуте на примену права државе-уговорнице“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2014, 170-186.

55 У српском праву закон о ратификацији међународног споразума, као и сваки други закон, по правилу ступа на снагу у општем року од осам дана од дана објављивања у службеном гласилу, док међународни уговор ступа на снагу онда када је то предвиђено према одредбама самог уговора и у складу са општеприхваћеним правилима међународног права кодификованим у члану 24 Конвенције о међународном уговорном праву из 1969. године.

56 Тако, на пример, у контексту Споразума о питањима сукцесије вид. одлуку Уставног суда Србије у предмету Уж-2758/2012 од 19. фебруара 2015. године, где Суд на неколико места меша Споразум о питањима сукцесије и Закон о његовом потврђивању.

Појам ратификације у међународном праву има неколико значења,⁵⁷ која су се током историје мењала.⁵⁸ Данас, у смислу међународног права, ратификација представља акт којим држава изражава сагласност да буде обавезана међународним уговором.⁵⁹ Сагласност се изражава ратификацијом онда када то произлази из одредаба самог међународног уговора, када се из других околности може закључити да су државе које су преговарале о међународном уговору предвиделе да уговор подлеже ратификацији, када је представник државе потписао уговор под резервом ратификације и када намера државе да уговор подвргне ратификацији произлази из пуномоћја њеног представника или је на други начин била изражена током преговора.⁶⁰ У смислу унутрашњег права, под ратификацијом (потврђивањем) међународног уговора подразумева се акт којим се надлежни државни орган саглашава са садржајем међународног уговора и одобрава га, чиме ствара правну могућност да пристанак државе на обавезивање буде изражен на међународном плану.⁶¹ У српском праву ратификацији подлежу међународни уговори војне, политичке и економске природе, уговори којима се стварају финансијске обавезе за Републику Србију, уговори који захтевају доношење нових или измену важећих закона и уговори којима се одступа од постојећих законских решења.⁶²

Из наведеног произлази да су „унутрашња“ и „међународна“ ратификација у блиској вези: ратификација у смислу домаћег права представља унутрашњи механизам који по правилу претходи изражавању међународноправно релевантне сагласности на везаност неким међународним уговором и омогућава да до тог изражавања сагласности дође. Сходно томе, намеће се закључак да ступањем на снагу закона о ратификацији међународног уговора настаје обавеза за надлежне државне органе да предузму потребне мере и кораке како би на предвиђени начин изразили сагласност државе на обавезивање међународним уговором. Ступање на снагу закона о ратификацији, према томе, не значи и ступање на снагу међународног уговора који је тим законом ратификован. Ово је, уосталом, и експлицитно речено у српском Закону о закључивању и извршава-

57 У теорији се разликују најмање четири значења појма ратификације. Вид. у том смислу: Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, 4. издање, Београд, 2010, 424, са даљим упућивањима.

58 Malcolm Evans, *International Law*, 4th edition, Oxford, 2014, 172.

59 Конвенција о међународном уговорном праву из 1969. године, чл. 2(1)(б).

60 Конвенција о међународном уговорном праву из 1969. године, чл. 14(1).

61 У том смислу: М. Крећа, 424.

62 Закон о закључивању и извршавању међународних уговора, *Службени гласник РС*, бр. 33/2013, чл. 14 ст. 1.

њу међународних уговора, који у члану 17 предвиђа да међународни уговор ступа на снагу у складу са одредбама самог уговора и општеприхваћеним правилима међународног права. Из тога треба закључити да, након што међународни уговор постане обавезујући за Републику Србију (што је тренутак који се, како смо показали, цени према правилима међународног права), њени надлежни органи, укључујући и судове, примењују сâм међународни уговор, а не закон о његовој ратификацији. Сходно томе, евентуалне разлике у тексту међународног уговора и његовог превода садржаног у закону о ратификацији су без значаја за примену међународног уговора – надлежни органи ће примењивати уговор у складу са његовим садржајем у смислу који има на неком од званичних језика уговора. Будући да српски језик, како смо видели, није званични језик Конвенције, термилошке непрецизности српског превода Конвенције не би требало да утичу на њену примену.

Могло би се, међутим, поставити питање да ли је СФРЈ другачијим преводом термина „место пословања“ можда изјавила резерву на одредбе Конвенције које садрже ову одредницу. У међународном праву резерве представљају једностране изјаве којима држава изражава вољу да измени или искључи примену делова међународног уговора.⁶³ Резерве су, по правилу, дозвољене, осим уколико их сâм уговор не забрањује или дозвољава могућност стављања само одређених резерви или уколико би резерва била неспојива са предметом и сврхом уговора.⁶⁴ Бечка конвенција спада у групу међународних уговора који дозвољавају могућност изјављивања само одређених резерви.⁶⁵ Те резерве су побројане у члановима 92-96 и међу њима нема одредбе која би дозволила измену термина „место пословања“. Напомињемо такође да се термилошка измена до које је дошло у Закону о ратификацији не би могла сматрати ни променом дејства одредаба Конвенције на основу њеног члана 6,⁶⁶ јер члан 6 овлашћење за искључење примене Конвенције, одступање од њених одредаба и измену њиховог дејства даје *странама у уговору о међународној продаји робе*, а не државама уговорницама.

Према томе, избор другачијег термина у Закону о ратификацији Бечке конвенције се не би могао објаснити ни као међународноправно

63 Jan Klabbbers, *International Law*, Cambridge, 2013, 48.

64 Конвенција о међународном уговорном праву из 1969. године, чл. 19.

65 Члан 98 Конвенције прописује да се не дозвољава изјављивање резерви на Конвенцију осим оних изричито дозвољених њоме.

66 Члан 6 Конвенције гласи: „Стране могу искључити примену ове конвенције или, под резервом одредби члана 12, одступити од било које од њених одредби или изменити њихово дејство“.

дозвољена измена њеног садржаја, што је још аргумент у прилог тези да разлика у преводима нема правни значај и да је за примену Бечке конвенције правно релевантан термин „место пословања“ а не „седиште“.

IV Закључак

Српски (тј. некадашњи југословенски) закон о ратификацији Бечке конвенције преводи термин „место пословања“, који се у Конвенцији користи на неколико места и везује за различита питања, као „седиште“. Према да се оба термина користе за означавање везе између правног лица и неке територије, ова два појма имају различито значење. Разлике у садржају ових термина нарочито су упадљиве у присуству елемента иностраности у послу продаје робе, што је материја коју уређује Конвенција када су испуњени услови за њену примену. Наведене разлике би, у одређеним стицајима околности, могле да доведу до крупних практичних проблема, из чега се може извести закључак да не би било могуће евентуално приближавање ова два концепта до којег би, примера ради, могло да се дође тумачењем појма места пословања према критеријумима које домаћи законодавац користи за дефинисање седишта. Употреба различитог термина у српском преводу Конвенције не би могла да се објасни ни као евентуална резерва, јер Конвенција не дозвољава могућност стављања резерве којом би се термин „место пословања“ изменио. Коначно, анализа односа саме Конвенције и закона о њеној ратификацији, као и принцип једнообразног тумачења Конвенције из члана 7 став 1 указују да употреба другачијег термина у српском преводу текста Конвенције није правно релевантна, јер ће судови и арбитраже увек када су за то испуњени одговарајући услови примењивати Конвенцију а не закон о њеној ратификацији. Према томе, употреба термина „место пословања“ схваћеног на начин на који на то упућују коментатори Конвенције и упоредна судска и арбитражна пракса не би требало да буде довођена у питање.⁶⁷

Ипак, имајући у виду да је сврха укључивања превода текста међународног уговора у закон о његовој ратификацији и његовог објављивања у службеном гласилу између осталог и да органима који ће га примењивати тај уговор учини лакше доступним, могло би се претпоставити да ће судови у Републици Србији пре користити закон о ратификацији него оригинални текст на једном од званичних језика како би се упознали са садржајем Конвенције. Због тога би требало да органи надлежни за преводјење текстова међународних уговора као и они који те преводе контролишу поведу више

67 Овај став експлицитно истичу и: М. Станивуковић (2000), 936; Р. Вукадиновић, 430-434; Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, 148-149; С. Фишер Шобот, 43-45.

пажње о исправности превода, јер би недоследности попут ове која постоји у Бечкој конвенцији могле да доведу до погрешне примене међународног уговора који је неодговарајуће преведен, што би вређало не само права страна које трпе због такве погрешне примене права, већ би, уколико добије шире размере, компромитовало сврху хармонизације и унификације права.

Marko JOVANOVIĆ, PhD, LL.M.

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

PLACE OF BUSINESS OR SEAT? SOME REMARKS ON LEGAL RELEVANCE OF MISTRANSLATION OF THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

It has been often pointed out in Serbian scholarly writings that the term „place of business“ used in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) was inadequately translated in the Serbian (Yugoslav) law on ratification of the Convention. This paper focuses on legal relevance of such mistranslation. To that effect, the author first explains the notions of seat and place of business and then moves on to consider the possibilities of overcoming the textual differences through interpreting the notion of place of business in light of the criteria used for determining the seat of a company. Since the analysis shows that such attempt would be futile, the author then studies the relation between the CISG and the law on its ratification in order to establish which term, seat or place of business, should be given precedence in application. This leads to the conclusion that, irrespective of the term used in the law on ratification, the notion of place of business should be read as such and interpreted autonomously from any national concepts. Such approach would be in line with the international character of the CISG. The guidelines for interpretation should be sought in international practice, which would, in turn, further promote the uniform application of the CISG.

Key words: *international sale of Goods, CISG, seat, place of business, ratification of international treaties.*

Марко ДИМИТРИЈЕВИЋ

асистент на Правном факултету Универзитета у Нишу

ИНСТИТУЦИОНАЛНЕ ОСНОВЕ БАНКАРСКЕ УНИЈЕ *

Резиме

Предмет анализе у овом раду јесте идентификовање и анализа нормативног оквира будуће банкарске уније у Економској монетарној унији. У том смислу се у истраживању акценат ставља на питања која се тичу потребе за формирањем банкарске уније, њеног правног основа и институционалне структуре. У даљем тексту, посвећује се пажња новим задацима главних институција ЕУ у поступку имплементације концепта банкарске уније, где се као општи закључак уочава потреба за њиховом активнијом улогом не би ли се тако сачувала правна сигурност и обезбедила оптимална заштита потрошача, имовине, права депонената и очување свеукупне привредне стабилности.

Кључне речи: банкарска унија, Европска централна банка, монетарно право, санацијски механизам, јединствени фонд за гарантовање депозита.

І Уводна разматрања

Криза еврозоне не представља само унутрашњи проблем за чланице монетарне уније, већ има и спољашњу димензију која имплицира законске обавезе земаља еврозоне у складу са одредбама међународног монетарног права (тј. очување монетарне стабилности).¹ Како су се постојећи национални системи надзора и регулације рада банака у условима глобалне економске и финансијске кризе показали неефикасним, Европска комисија је покренула низ иницијатива усмерених на формирање банкарске уније. Смисао ових иницијатива је био у наметању строгих капиталних захтева банка-

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом ЕУ”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018.

1 Adam Feibelman, „Europe and Future of International Monetary Law”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 22/2012, 101–104.

ма, ефикаснијој заштити депонената и утврђивању јединственх правила за рад банака током кризних периода. Банкарска унија представља израз продубљене финансијске интеграције који се реализује под окриљем Европског савета и обухвата скуп законодавних механизма којима се врши централизација банкарске политике стварањем интегрисаног европског банкарског система.² Формирање банкарске уније не представља циљ *per se*, већ заједно са концептом фискалне уније, уније конкурентности и политичке уније чини услове коначне реализације економске и монетарне уније. Услови који се односе на формирање банкарске уније произилазе из резултата координације економске политике на терену фискалне уније. Наиме, централизација надзора и контроле банака на нивоу ЕУ захтева ограничавање неких димензија фискалног суверенитета и одређени вид политичке уније, која би у крајњој линији могла да представља одговор на проблем постојања структурног политичког дефицита у ЕУ.³

II Институционална структура банкарске уније

Правни основ настанка банкарске уније јесу чланови 114 и 127 став 6 Уговора о ЕУ. Структура банкарске уније се базира на *три стуба*: а) Јединственом надзорном механизму (*Single Supervisory Mechanism*); б) Јединственом санацијском механизму (*Single Resolution Mechanism*) и; в) Повезаним механизмима финансирања који обухватају Јединствени фонд за гарантовање депозита (*Common Deposit Guarantee Fund*), систем осигурања новчаних депозита (*Single Occurrence Deposit*) и заједнички заштитни механизам (тзв. кредитну линију).

Први стуб банкарске уније, односно Јединствени надзорни механизам (ЈНМ) је формиран споразумом Европског парламента и Савета октобра 2013. године.⁴ Овај механизам делује у склопу Европске централне банке (ЕЦБ) и обухвата банке свих земаља чланица еврозоне. ЕЦБ врши *непосредан* надзор над тзв. главним банкама, док *посредан* надзор врши над осталим банкама преко националних ревизорских агенција ко-

2 European Council, *European Council Conclusion of 28/29 June 2012*, EUCO 76/12, доступно на адреси: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/131388.pdf>, 10.5.2013, 1–3.

3 European Parliament, Directorate General for International Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy, *Banking Union and a Single Banking Supervisory Mechanism, Monetary Dialogue*, October 2012, доступно на адреси: <http://europarl.europa.eu/20130422ATT64861.pdf>, 22.11.2013, 10–15.

4 Council Regulation (EU) No. 1024/2013 on conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, *Official Journal of European Union*, L 287/63, 29 May 2013, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content>, 10.06.2014.

је раде по њеним упутствима.⁵ Нова позиција ЕЦБ у банкарској унији представља допуну надлежности Европске надзорне агенције за банкарство која је основана 2010. године. Њен главни задатак тиче се стварања јединствених правила за рад и санацију банака уз уважавање свих разлика које постоје у банкарској индустрији Уније. У том смислу веома је важно радити на промовисању најбољих пракси надзора унутар јединственог тржишта и усвајању *Европског надзорног приручника* са јединственом методологијом и облицима надзора. Приручником би требало регулисати сва меродавна питања која су у оквиру надлежности ЕЦБ као и област заштите потрошача. Иако приручник није правнообавезујући акт, његова примена не сме бити подређена слободној оцени субјеката монетарне политике, већ мора почивати на моралној облигаторности.⁶

Главни циљ ЈНМ јесте вршење појачаног надзора над банкарским сектором, док су споредни циљеви јачање стабилности банака и допринос финансијској интеграцији јединственог тржишта. Ове циљеви се остварују кроз контролу усклађености кредитних институција са бонитетним условима и откривањем потенцијалних узрока финансијске нестабилности. Европска централна банка врши свеобухватану проверу биланса банака, квалитета имовине и тестира отпорност банке на стрес ради утврђивања капацитета банке да издрже потенцијалне поремећаје. Државе чланице ЕУ које нису учеснице еврозоне могу по принципу добровољности учествовати у раду надзорног механизма. Принципи надзора банака у банкарској унији полазе од употребе најбоље праксе, поштовања децентрализације и интегритета, хомогености, конзистентности са јединственим тржиштем и принципа независности и одговорности. Посебно се мора водити рачуна о принципу поделе ризика и пропорционалности и постојању адекватног нивоа надзорне активности свих кредитних институција.⁷ Предуслов ефикасне имплементације ЈНМ јесте стварање културе заједничке ревизије која би националним ревизорима понудила јасне

5 ЕЦБ врши директан надзор над банкама чија је имовина већа од 30 милијарди евра, тј. чија имовина представља најмање 20% БДП-а њихове земље. Тренутан број ових банака износи 120, што обухвата 85% укупне имовине њиховог банкарског система.

6 Regulation (EU) No. 1022/2013 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 amending Regulation (EU) No. 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards the conferral of specific tasks on the European Central Bank pursuant to Council Regulation (EU) No 1024/2013, *Official Journal of European Union*, L 287/5, чл. 4–7, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pdf>, 11.06.2014.

7 Guide to banking supervision, European Central Bank, Euro-System, September, 2014, доступно на адреси: www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ssmguidebankingsupervision201409en.pdf, 11.07.2014, 7–13.

позитивне подстицаје (при чему је битно узети у обзир чињеницу да се ЕЦБ јавља као утемељивач стандара ревизије).⁸

Споразум о Јединственом санацијском механизму (ЈСМ) потписан је у октобру 2014. године.⁹ Главни циљ овог акта је да створи услове за уредан стечај банака уз минималне трошкове за пореске обвезнике и привреду. Слично, као и у првом стубу банкарске уније, ЕЦБ ће у другом стубу непосредно вршити своје задатке над највећим банкама, док ће национална тела контролисати рад осталих банака. Подручје примене другог стуба банкарске уније обухвата све кредитне институције с пословним седиштем у државама чланицама. У циљу умањења могућности за вршење регулаторних арбитража између банака које нису у систему санацијског механизма, неопходно је уложити напоре у хармонизацији законских прописа и издавању смерница Јединственог санацијског одбора.¹⁰

Заједничка правила за рад банака осигуравају да банке преузимају умерене ризике у пословању под претњом санкције затварања. На тај начин се жели омогућити да банке и њихови деоничари *плаћају ризик* за могуће губитке кога су порески обвезници поштеђени. Циљеви ЈСМ-а односе се на враћање поверења у банкарски сектор, контролисан прилив клијената у банке, смањење негативне повезаности између банака и држава и уклањање подељености тржишта финансијских услуга. Свакако, мере у склопу ЈСМ-а морају бити примењене на све системски значајне институције без изузетка, што имплицира и да одлуке Јединственог санацијског одбора имају јачу правну снагу од одлука националних органа, јер би у супротном дошло до нерешивог сукоба интереса. Овом директивом су предвиђени *заједнички санацијски инструменти*, с тим што национални субјекти економске политике задржавају право да самостално одлучују о примени акција које су у функцији подупирања заједничких правила.¹¹ Разлог постојања заједничких

8 Tobias H. Tröger, „The Single Supervisory Mechanism – Panacea or Quack Banking Regulation?“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 15, 2014, 449–450.

9 Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 on establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010, *Official Journal of European Union*, L 225/1 of 30.07.2014, чл. 1–5, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pdf>, 11.06.2014.

10 Sylvester Eijffinger, „Single Resolution Mechanism“, *Banking Union: Compilation of Notes*, European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy, 2013, 52–57.

11 Regulation (EU) No. 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 on establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and

правила огледа се у чињеници да су банке на јединственом тржишту повезане, па би у одсуству једнственог механизма последице кризе у државама које учествују у санацијском механизму имале јачи негативни системски учинак на државе нечланице. *Ratio legis* јединственог санацијског механизма је да обезбеди *неутралан приступ* приликом одлучивања о санацији банака што ће позитивно утицати на углед институција земаља банкарске уније и ограничити појаву ефеката преливања.¹² Директивом се утврђују *заједничка средства* за финансирање санације банака у оквиру *Јединственог санацијског фонда (Single Resolution fund)*. Финансирање би, хипотетички, могло остати на националном нивоу само у кратком временском периоду, јер би у дужем временском периоду утицало да инвеститори и даље детреминишу услове кредитирања према критеријуму места пословног седишта банке, а не према њеној кредитној способности. Фонд би се требало финансирати доприносима банака на националном нивоу, где одлуке усмерене на коришћење средстава не смеју довести у питање фискалну одговорност држава чланица. Деловањем заједничког санацијског фонда жели се успоставити уједначена управна пракса у поступку санације банака и превазилажењу разлика у националним праксама.¹³

Одлуке у оквиру јединственог санацијског механизма доноси *Јединствени санацијски одбор (Single Resolution Authority)*. Овај орган усваја *санацијски програм* уколико у консултовању са ЕЦБ нађе да су испуњени услови за покретање санацијског поступка. Одлука Одбора ступа на снагу року од 24 сата, изузев уколико Комисија или Савет не уложе приговор у истом року. У циљу јачања независности овог тела у банкарској унији, предвиђено је да се приговори ограничавају искључиво на постојање *јавног интереса и материјалне промене*, које се тичу коришћења износа Фонда. Материјална промена у том смислу је свака промена висине средстава Фонда од најамње 5%. Овако хитан начин одлучивања се правда посебним околностима у монетарној унији када се благовремено морају отклонити узроци потенцијалних банкарских криза. Одбор мора имати статус независног органа у праву ЕУ са посебном структуром. Одбор сачињавају председник, подпредседник и четири независна члана изабрана на основу стручних квалификација. Одбор заседа у *извршним и пленарним седницама*. На извршној седници, одбор обавља све по-

certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No. 1093/2010, art. 9, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pdf>, 20.08.2014.

12 Regulation (EU) No. 806/2014, чл. 12.

13 Regulation (EU) No. 806/2014, чл. 19–20.

слове који се односе на поступак санације узимајући у обзир чињеницу да је природа информација у санацијским плановима специфична за сваку институцију. Правило је да први подносилац захтева за коришћење средстава *нема право првенства* у додели због чега Комисија надзире рад Одбора. У околностима када санацијски програм не садржи ризик или се ради о краткорочном и једнократном продужењу кредита солвентним институцијама (уз одговарајуће јемство), одлуке се могу донети и на извршној седници. На пленарним седницама се, такође, издају смернице за недискриминаторну примену одлука о санацији.¹⁴ Реализација концепта банкарске санације условљена је претходним решавањем *сукоба принципа ефикасности и власничких права*. Наиме, уколико не постоји могућност да се пословање банке врати под окриље заједничких правила, Јединствени санацијски одбор доноси одлуку о затварању банке. Ако постоји и најмања могућност да ће банка поправити своје пословање без интервенције комунитарних органа, одлука Санацијског одбора може представљати облик конфискације имовине банке. Овај проблем је нарочито уочљив када је тржиште имовине дисфункционално и када је тржишна вредност имовине значајно испод садашње дисконтоване вредности. Уколико санацијски одбор или национални субјекти економске политике иницирају одлуку о стечају банке то може бити повезано са покретањем парничних поступака који умањују постигнуте резултате координације.

Трећи стуб банкарске уније уобличен је *Директивом о јединственом осигурању депозита* од 16. априла 2014. године.¹⁵ Усвајањем ове директиве жели се осигурати заштита депонената од лошег пословања банке, као и пребацивање новца у кредитне институције у земље са бољим осигурањем депозита. Постојање различитих правила о висини осигурања депозита је у условима глобалне финансијске кризе довело до умањења ликвидности банака, јер депоненти бирају највишу стопу осигурања депозита наспрам оптималног депозитног производа прилагођеног положеном износу.¹⁶ *Ratio legis* Директиве огледа се у заштити слободне конкуренције на јединственом тржишту због чега треба одредити јединствени износ заштите депозита на нивоу ЕУ. Практично, неопходно је утврдити исту висину покрића за све депоненте независно од тога да ли је њихова валута еуро или не, с тим што у одређивању износа заштите мора водити рачуна о интересима депонената и

14 Regulation (EU) No. 806/2014, чл. 23–33.

15 Directive 2014/49/EU of the European Parliament and the Council of 16 April on deposit Guarantee schemes, *Official Journal of European Union*, L 173/149 of 12.06.2014, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pdf>, 20.08.2014.

16 Directive 2014/49/EU, чл. 19.

финансијској стабилности.¹⁷ Рок за исплату депозита у случају пропасти банке смањен је *на седам дана* од дана доношења одлуке. *Можемо* уочити да се ова Директива налази у функцији заштите приватних лица, не државних органа или других финансијских институција. Разлог за овакво поступање европског законодавца се налази у чињеници да правна лица имају лакши (привилеговани) приступ кредитима.¹⁸

III Функције и задаци комунитарних институција у банкарској унији

У финансијској теорији се наводе три облика централизације супервизије банака: а) *модел кооперације и координације надлежних органа држава чланица*; б) *модел консолидованог (водећег) супервизора* и в) *модел супранационалног лидера*.¹⁹ Поменути модели се разликују, како у погледу политичке и законодавне изводљивости, тако и у погледу своје ефикасности. Модел кооперације не захтева суштинске промене у алокацији задатака и одговорности субјекта економске политике, због чега је и фактички домашај модела оптерећен различитим интересима националних органа. Модел главног супервизора се тешко може прихватити, јер захтева да главног супервизора делегирају остали супервизори групације повезаних банака. Поменуте мањкавости националне супервизије може надоместити модел супранационалне ревизорске институције, која подразумева одређене модификације комунитарног права и рестриктивну територијалну примену монетарног и финансијског законодавства.

Координација економске политике је у условима банкарске кризе добила нову димензију образовањем Европског система финансијских супервизора (*European System of Financial Supervision*) и то: Одбора за процену системског ризика при Европској централној банци (*European Systemic Risk Board at European Central Bank*), Европске управе банака (*European Banking Authority*), Европске управе за осигурање и пензије (*European Insurance and*

17 Уредбом се висина депозита утврђује на нивоу од 100.000 еура. Како је овим актом уведена фиксна висина покрића за износ од 100.000 еура, државе чланице које су имале прописани већи износ, суочиле су се са опасношћу губљења поверења својих депонената. У циљу правне сигурности предвиђено је да државе које су прописале већи износ заштите депозита пре ступања Уредбе на снагу, имају рок до 31. октобра 2018. године да постепено прилагоде висину осигурања (под условом да се она налази у дијапазону између 100.000–300.000 еура).

18 Directive 2014/49/EU, чл. 37.

19 Guido Ferrarini, Charella Luigi, „Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses“, Law Working Paper, No. 223/13, ECGI Working Paper Series in Law, 2013, 20–22.

Occupational Pensions Authority) и Европске управе за хартије од вредности (*European Securites and Markets Authority*). Формирањем овог централизованог система на ниову ЕУ створени су иницијални услови за побољшање ефективне сарадње између надлежних наднационалних тела супервизије, с тим што то не значи да су националне агенције ослобођене вршења свакодневног надзора сходно принципу супсидијарности и пропорционалности. Европска управа за хартије од вредности и тржиште кроз ревизију кредитног рејтинга прати све финансијске операције које потенцијално могу угрозити стабилност финансијског тржишта, док Европска управа банака и Европска управа за осигурање пензија врше рекапитализацију банака и проверавају могућност прилагођавања банака на услове криза кроз тзв. „*stress testove*”.²⁰ За регламентирање будућих стубова банкарске уније посебно је значајан рад Европске управе банака (ЕУБ), где се по први пут врши хармонизација заједничких правила за рад банака и техничких стандарда за њихову ефикасну примену. Иако су радом ЕУБ-а постигнути значајани помаци на плану униформне примене права (што је за координацију економске политике веома значајно), различито поступање националних органа координације у примени правила утицало је на изостанак видљивих резултата. Европска управа банака на терену координације обавља улогу прикупљања података у вези са стрес тестовима у циљу планирања и развијања јединствених поступака, техничких стандарда и јачања целокупног банкарског система Уније. У случају спора у домену кооперације, координације или заједничког одлучивања различитих националних органа у домену банкарске политике, ЕУБ обавља функцију медијатора. Уколико стране у спору не поступе према инструкцијама, ЕУБ може изрећи и одлуке које се непосредно примењују. На ове одлуке могуће је уложити жалбу другостепеном већу, с тим што се поводом његових одлука може покренути поступак пред Првостепеним судом или Европским судом правде.²¹ Концепт банкарске уније се у пракси реализује паралелно са јединственим тржиштем у области финансијских услуга што имплицира да ће се нове ингеренције ЕЦБ унутар ЈНМ релизовати преко широко постављене јурисдикције ЕУБ.²²

Директивом о опоравку и санацији банака и инвестиционих фондова утврђују се процедуре поступања и израде програма опоравка и санације. Њеним усвајањем је децидно прекинута пракса финансирања пословних гу-

20 Емилија Вукадин, Мирољуб Лабус, *Економска политика за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 345–346.

21 G. Ferrarini, L. Charella, 26–31.

22 Rosa Maria Lastra, *International Monetary and Financial Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2015, 355–356.

битака банака и других институција преко државних фондова. У том погледу се јасно стипулише да је обавеза финансирања на страни повериоца и деоничара.²³ Директивом се посебна пажња посвећује борби против *моралног хазарда*, где свакој институцији са лошим пословањем треба омогућити излазак на тржиште под условом да то не проузрокује системски поремећај. Циљеви санације банака морају бити усмерени на заштиту имовине и права депонената и јавних средстава (када се директна финансијска помоћ може користити само у изузетним околностима). Субјекти економске политике су обавезни да пре покретања поступка санације размотре услове за спровођење поступка санације у редовном поступку стечаја због инсолвентности. У поступку санације мора се водити рачуна да се не врше претерана задирања у имовину деопонента. Директивом је установљен механизам *ex post* поређења начина поступања са депонентима и начина који би се применио у редовном поступку инсолвентности. Уколико се утврди да је на име потраживања исплаћен мањи износ од оног који би примили у редовном поступку, корисници имају право на исплату дуговане разлике. Државама чланицама се оставља слобода у погледу одређивања начина и поступка исплате.

Доказ активне улоге комунитарних институција у обликовању нових механизма координације јесте делатност Парламента на операционализацији концепта банкарске уније.²⁴ Током, 2014. године, Европски парламент је усвојио посебне законске акте којима се у монетарно право ЕУ интегришу принципи бонитетних капиталних захтева за све кредитне институције сходно примени међународно прихваћених принципа (*Basel III*). Овим законодавним мерама се посебно разрађују начини јачања капитала банака, свих нивоа ликвидности, као и подстицаји за кредитирање токова реалне економије кроз развој малих и средњих предузећа. Парламенту, такође, припада *право контроле* у свим стубовима банкарске уније. Тако се, по први пут, уводи контрола рада Европске централне банке у сегменту који се

23 Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council, *Official Journal of European Union*, L 173/190 of 12.06.2014, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0059.pdf>, 11.6.2014.

24 European Commission Capital Requirements - CRD IV/CRR, Directive on Deposit Guarantee Scheme -DGS MEMO/14/296 и Directive on Bank Recovery and Resolution (BRRD) MEMO/14/297, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/finance/bank/regcapital/legislation-in-force/index_en.htm, 11.6.2014.

тиче вршења ревизорске функције и контроле рада јединственог санацијског одбора што је утврђено посебним споразумом између Европског парламента и Европске централне банке. Централно место у будућој банкарској унији припада Европској централној банци која добија функцију зајмодавца последњег уточишта на банкарском тржишту и тржишту државних обвезница, као и нове задатке у сфери макробонитетског надзора, чиме постаје активни субјект надзора свих кредитних институција.²⁵ Ипак, ЕЦБ нема овлашћење да одлучује о стечају инсолвентних банка нити поседује информације за доношење такве одлуке. Са друге стране, ЕЦБ може трпети значајне губитке уколико обавља ову функцију, јер то трошковно може бити неodrживо. Велики број држава пружа отпор укључивању националних централних банка у систем јединственог депозита, због чега се указује да делимична банкарска унија није ништа боља од одсуства једног таквог механизма. Уколико владе доносе одлуку о реструктурирању јавног дуга, то може изазвати велике трошкове у активи банака, с обзиром на чињеницу да банке држе велики износ обвезница дуга. ЕЦБ у таквим околностима мора обезбедити ликвидност свих банака, јер уколико би се старала само о ликвидности великих банака дошло би до колапса банкарског сектора.²⁶

IV Закључак

Банкарска унија у ЕМУ није потребна искључиво у циљу решавања проблема инсолвентних банака и заштите депонената, већ и ради јачања целокупног концепта монетарне уније. У ситуацији када не постоји довољан степен слободе кретања рада и производа, координација економске политике у оквиру банкарске уније поседује капацитет да ојача стабилizacionу функцију финансијског сектора који, по правилу, упија најмање две трећине свих шокова у успешним трансферним унијама.²⁷ У том смислу се слажемо са ставовима да је мањи степен централизације фискалне политике неопходан за успешно деловање Јединственог санацијског механизма, пре него за процесуирање јединственог буџета ЕУ или неког другог облика фискалног заједништва у еврозони које се тешко може остварити у пракси. Јединствени санацијски механизам пред-

25 Срђан Голубовић, „Еволуција улоге Европске централне банке у условима глобалне финансијске кризе“, *Правни живот*, бр. 11/2014, 599–600.

26 Charles Wyplosz, „Banking Union as a Crisis-Management Tool“, *Banking Union for Europe: Risks and Challenges* (ed. Thorsten Beck), Centre for economic policy research, A VoxEU.org Book, 2012, 19–22.

27 Hans Geeroms, Pawel Karbowink, „A Monetary Union Requires Banking Union“, Bruges European Economic Policy Briefings, No. 33, College of Europe, Brugge, Natolin, 2013, 22–23.

ставља друго најбоље решење за координацију фискалних политика у условима кризе због чега државе чланице морају усвојити одређене законодавне акте којима се стварају услови за ефикасно одлучивање и имплементацију одлука у свим стубовима банкарске уније. Реализација концепта банкарске уније захтева дужи временски период, јер је потребно извршити јасно разграничење супервизијске функције ЕЦБ од функције очувања монетарне стабилности, дефинисати јасне задатке европских и националних супервизора и решити питање финансирања санацијских фондова. Основни предуслов имплементације заједничке банкарске политике у том смислу условљен је бољом комуникацијом главних комуни-тарних институција и настављањем њихових напора на плану заокруживања банкарске уније у пуном значењу.

Marko DIMITRIJEVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Niš

INSTITUTIONAL BASIS OF BANKING UNION

Summary

The subject of analysis in this study is the identification and analysis of the normative framework of future banking union in the Economic Monetary Union. In this sense, the research emphasis on issues related to the need for the formation of a banking union, a legal basis and institutional structures. Hereinafter attention is paid to the new tasks of the main EU institutions in implementation of the concept of a banking union, where a general conclusion, noted the need for their active role in order to preserve legal certainty and ensure optimal consumers protection, property, rights of depositors and preserve the overall economic stability.

Key words: *banking union, European central bank, monetary law, single resolution mechanism, common deposit guarantee fund.*

Урош ЗДРАВКОВИЋ, мастер
асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

КОНЦЕПТ ДИСТРИБУТИВНЕ ПРАВДЕ У СВЕТСКОЈ ТРГОВИНСКОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ*

Резиме

Дистрибутивна правда штити интерес очекивања и заснована је на колективној обавези чланица да поштују правила и принципе установљене споразумима донетим у оквиру Светске трговинске организације (СТО). Дистрибутивна правда нема за циљ компензацију, него поновно успостављање понашања које је у складу са правом СТО. У том смислу, усмерена је на будуће одвијање трговине. Основни механизам остваривања дистрибутивне правде садржан је у СТО систему решавања спорова који омогућава свакој чланици СТО да покрене процедуру, под условом да има правни интерес, против друге чланице, уколико са разлогом сматра да њене унутрашње мере крше СТО споразум. Иако је доминантан модалитет заштите, дистрибутивна правда егзистира у корелацији и узајмној зависности са корективном правдом, којом се штите појединачни интереси.

Кључне речи: *дистрибутивна правда, Светска трговинска организација, решавање спорова.*

І Увод

Правда, односно њен појам, од давнина је била предмет интересовања и расправе многих правника и филозофа. Феноменом правде и њеним модалитетима се бавио и Аристотел још пре више од два миленијума. У свом делу „Никомахова етика“, Аристотел указује на два модалитета правде: корективну и дистрибутивну. Корективна (или реципрочна) правда штити приватне интересе и омогућава појединцима, којима је одузето неко право, да то право поврате, или да добију одговарајућу компензацију. *Корективном правдом се постиже једнакост: свако добија оно од чега је неправедно*

* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“ који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

депривиран. Дистрибутивна правда, са друге стране, омогућава *дистрибуцију, тј. прерасподелу јавних интереса и добара*, попут привилегија, новца и других вредности које треба да буду подељене између чланова политичке заједнице.¹ Овај модалитет правде претпоставља одређену врсту друштвеног договора око прерасподеле права и *њоме се постиже пропорционалност: сваком се гарантују права на која је овлашћен, без обзира да ли је у конкретном случају дошло до депривације.*² Аристотелова поставка модалитета правде је послужила многим каснијим правницима и филозофима као основа за развијање бројних теорија о правди, посебно о њеном другом модалитету – дистрибутивној правди.

Разлика између корективне и дистрибутивне правде условљава и разлику између средстава и начина заштите. Уобичајено средство корективне правде је компензација за „жртву“, док код дистрибутивне правде, типична санкција за прекршиоца норми представља лишење пропорционалног удела јавног добра.³ Повреда индивидуалног права коју једна страна чини другој „лечи“ се конкретним радњама, најчешће *надокнадом штете*, док се повреда колективних права „лечи“ *променом понашања прекршиоца.*⁴ Прекршилац се на промену понашања најефикасније приморава тако што му се у изглед ставља да ће и сам бити лишен од привилегија које му омогућава дистрибутивна правда. На тај начин се прекршилац и друга лица одвраћају од понављања повреде.

Кармоди тврди да је природна тенденција да се о правди размишља као о корективном појму, јер је тај модалитет присутнији и сагледљивији у свакодневном животу. За разлику од корективне, дистрибутивна правда је релативна непознаница, пре свега због тога што људи нису навикнути да размишљају о колективном интересу.⁵

Санкцијама у систему дистрибутивне правде се остварују амбициознији циљеви, јер се оне не исцрпљују актом компензације. Њихово се дејство огледа у *одвраћању прекршиоца од противправних аката у будућности,*⁶ од чега колективну корист има целокупна заједница. Дистрибутивна правда у великој мери кореспондира са историјским митом о из-

1 Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Cambridge, 2000, 85.

2 Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Boston, 1992, 45–47, 672–674.

3 *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI Torts, Ch. 8, Brill Archive, 1983, 8-2.

4 Chios Carmody, „WTO Obligations as Collective“, *The European Journal of International Law*, 2/2006, 426.

5 *Ibid*, 427.

6 *Ibid*.

ворном уговору којим су чланови заједнице успоставили шему сарадње ради узајамних користи. На тај начин се штите очекивања сваког појединца у оквиру заједнице да ће се сви други њени чланови понашати у складу са договореним правилима. На основу тог очекивања, појединци планирају своје активности и остварују међусобну сарадњу.

Дистрибутивна правда се у литератури посматра као широк и слојевит појам. У ширем смислу, она подразумева правичну расподелу добара, тј. ресурса између чланова одређене заједнице.⁷ Ово питање је од давнина било предмет бројних расправа и дела филозофа, правника и других научника. Централни проблем којим су се бавили многи писци огледао се у начину и критеријумима алокације добара.⁸ У ужем смислу, дистрибутивна правда подразумева општу корист која произлази из правилног понашања сваког појединачног члана одређене заједнице.

II Концепт дистрибутивне правде у међународним трговинским односима

Временом је концепт дистрибутивне правде доживео интернационализацију, па је као универзални појам разматран и у контексту међународних односа, а нарочито у контексту међународних економских односа. И ту се као централно питање поставио проблем правичне расподеле економских добара у свету.⁹ Међутим, одсуство суверенитета код међународних организација узрокује оправдану недоумицу која се састоји у питању да ли се концепт дистрибутивне правде, или неправде, може ваљано применити изван граница националних држава, тј. у одсуству централизованог правног система са монополом принуде?¹⁰ Дилема, дакле, гласи: *да ли је легитимно, под утицајем савремене међународне трговине, поставити питање дистрибутивне правде изван граница националних правних система?*

Постојале су, и постоје, теорије које заступају тезу да правда и једнакост егзистирају само унутар граница држава, а не и на универзалном плану. Према тим теоријама, питање дистрибутивне правде је *суштинска*

7 Ethan B. Kapstein, „Distributive Justice and International Trade“, *Ethics and International Affairs*, (1)/1999, 177.

8 Вид. David Miller, *Social Justice*, Oxford, 1976.

9 Вид. Ronald Findlay, „International Distributive Justice: A Trade Theoretic Approach“, *Journal of International Economics*, Vol. 13, 1982, 1-14.

10 Aaron James, „Distributive Justice Without Sovereign Rule: The Case of Trade“, *Social Theory and Practice*, 4/2005, 533.

унутрашња ствар држава.¹¹ Као разлог се наводи да државе, за разлику од међународних организација, делују правно и политички непосредно према својим грађанима, да поседују апарат принуде и да њихови закони директно утичу на живот грађана. Ипак, наводи се да одређени принципи дистрибутивне правде могу бити примењени и у оквиру међународних организација под условом да оне поседују средства принуде у одређеном степену, затим одређену власт над имовином и извесни степен правне и политичке непосредности.¹²

У трагању за позитивним одговором на постављено питање, треба да се пође од два важна аргумената.

Прво, потпуно је оправдано направити аналогију између појединаца унутар једне државе, и самих држава у оквиру одговарајућег међународног система. Као што су грађани - појединци основни субјекти унутар државе, тако су и државе основни субјекти међународних односа. Сходно теорији друштвеног уговора, појединци се уједињују у политичку заједницу (државу) на основу узајамне сагласности и пристајања да се придржавају заједничких правила и прихвате одређене обавезе како би заштитили себе и једни друге од насиља и других неправди.¹³ Нема разлога да се ова теорија не примени и на међудржавне односе. Према тој аналогији, државе се удружују и оснивају међународне организације (регионалне и универзалне), које и саме постају субјекти међународног права. Удружујући се у организације, државе, на основу узајамне сагласности, доносе правила која ће важити унутар организација. Оне прихватају обавезе на основу тих правила, притом имајући у виду бенефите које доноси припадност организацији.

Оно што би се могло истаћи као највећа слабост наведеном аргументу је чињеница да међународне трговинске организације не поседују монопол принуде, којим би приморали државе да се придржавају правила организације, као што је то случај са односом између државе и појединаца. Међутим, бројне организације поседују ефикасан систем санкција за чланице које се не придржавају њених правила. Истина, међународна органи-

11 Adelle Blackett, „Towards Social Regionalism in the Americas“, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 23/2002, 912, наведено према: Donald McRae, „Developing Countries and “The Future of the WTO““, *Journal of International Economic Law*, 8(3)/2005, 609.

12 Ове разлоге наводи Mathias Risse, „What to Say about the State“, *Social Theory and Practice*, 32 (4)/2006, 685-689, 691, наведено према: Simon Caney, „Global Distributive Justice and the State“, *Political Studies*, 56/2008, 501-502.

13 Најпознатији теоретичари друштвеног уговора су Томас Хобс (1588-1679), Џон Лок (1632-1704) и Жан Жак Русо (1712-1778).

зација, на крају, нема механизам да државу примора да се понаша у складу са правилима, већ се најстрожа санкција може састојати у одузимању бенефита од чланства у организацији или искључењем из чланства. Ипак, и ту можемо доћи до аналогije са државом и појединцем. Дискутабилно је да ли држава, на крају крајева, појединца може натерати да поштује њене законе, или се и у том случају санкције исцрпљују укидањем бенефита (лишењем слободе, губитком посла и других привилегија, запленом имовине и сл.). Прихватајући предложену аналогiju можемо доћи до следеће констатације: државе приступају међународним организацијама због повластица које им чланство омогућава. Што су те повластице веће, мања је и вероватноћа да држава крши правила организације, јер би јој штета од лишавања бенефита била већа од користи од кршења норми.

Друго, у вези са претходним аргументом, државе највеће бенефите остварују од чланства у трговинским интеграцијама. Савремени систем међународне трговине одликују знатна економска међузависност и политичка децентрализација.¹⁴ Услед раста међународне трговине, данас су многе државе у свету економски међузависне и њихове привреде су тесно упућене једна на другу. Као резултат тога, настала је и Светска трговинска организација (СТО), као универзална трговинска организација. Поред СТО, постоје бројне регионалне економске интеграције (царинске уније и зоне слободне трговине), које су основале суседне и блиске државе ради регионалног јачања привреде и боље глобалне конкурентности. Све ове организације настале су као резултат тежње држава да, путем међусобне интеграције, постигну одређене бенефите за своју привреду. Многе од тих организација поседују ефикасан систем санкција у случају кршења њихових правила (типичан пример је СТО, а од регионалних организација Европска унија). Имајући у виду губитак бенефита, државе теже прибегавају кршењу правила, а и када то учине и буду због тога „кажњене“, радије се повинују санкцији, него што напуштају организацију.

Узимајући у обзир наведене аргументе, можемо закључити да је потпуно легитимно тврдити да концепт дистрибутивне правде треба сагледавати и у ширем смислу, и да као такав егзистира и у оквиру одређених међународних организација чији су чланови суверени ентитети. Као што друштво које је омеђено државним границама остварује општу корист од правилног понашања сваког појединца, тако и међународна организација остварује своје опште циљеве и начела захваљујући поштовању правила од стране сваке државе - чланице. На тај начин остварују се и

14 A. James, 533.

колективна права и очекивања њених чланица, као што је то случај са колективним правима појединаца у држави.

Ипак, морамо констатовати да концепт дистрибутивне правде не може бити примењен у оквиру општег међународног права, на нивоу целокупне међународне заједнице. Дистрибутивна правда може егзистирати само у оквирима правно уобличених међународних организација које поседују ефикасне правне системе и у којима се остварује одређени правни поредак. Такође, кључна претпоставка за примену дистрибутивне правде је усвајање концепције о колективној природи обавеза у оквиру организације.

III Колективна природа обавеза чланица СТО

У контексту обавеза које произлазе из СТО, расправа се води око тога да ли су такве обавезе у суштини билатералног карактера, или конституишу заједнички интерес „изнад“ индивидуалних интереса држава које примењују споразум?¹⁵

Од домаћих аутора, Цветковић тврди да мултилатерални споразуми са интегралним обавезама имају колективну природу, а односи држава уговорница не могу се разложити на билатералне правне односе. Тиме се искључује могућност да државе самостално мењају елементе свог билатералног односа, јер таква измена има суштински утицај на све стране уговорнице мултилатералног споразума са интегралним обавезама: дејство такве измене није лимитирано само на сегмент билатералног односа.¹⁶ Према Цветковићу, дебата „за“ и „против“ колективне (мултилатералне, интегралне) природе обавеза чланица СТО није ни издалека окончана и, у недостатку генерално прихваћеног става, о карактеру СТО обавезе се има просуђивати „*in concreto*“ узимајући у обзир сврху и место релевантне одредбе у систему права СТО.¹⁷

Од страних аутора, главни заступник теорије по којој су СТО обавезе колективног карактера је Кармоди. Он у својим радовима полази од претпоставке да СТО обавезе нису *per se* у вези са трговином, већ са очекивањима у погледу активности влада чланица СТО у погледу трговинских питања. Према његовим речима, такве активности нису мерљиве и дељиве, већ су по својој природи „фундаментално унитарне“. Као такве,

15 C. Carmody (2006), 420.

16 Предраг Цветковић, *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш, 2010, 69.

17 *Ibid.* Видети извештај АТ у спору „*EC-Bananas III*“, пар. 136-138. Целокупан назив предмета: *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, adopted 25 September 1997, DSR 1997:II, 591.

не могу бити посматране као билатералне, већ као колективне.¹⁸ Полазна теза коју Кармоди износи, а са којом се и аутор чланка слаже, је да је принципијални циљ СТО заштита легитимних и колективних интереса очекивања. А он се може постићи једино уколико се усвоји принцип колективног карактера обавеза у СТО. Као пример, Кармоди наводи дејство клаузуле најповлашћеније нације (енг. *Most Favoured Nation - MFN*) садржане у члану I Општег споразума о царинама и трговини (*GATT*), којом се мултилатерализују обавезе једне чланице према свим другим чланицама СТО.¹⁹ Унутар правног система СТО, дејство *MFN* клаузуле се не може ограничити на билатерални ниво, већ се њена примена аутоматски и безусловно проширује на односе са свим чланицама СТО.

Постоје аутори који негирају колективну природу материјално-правних обавеза утврђених правом СТО. Тако Паулин заступа тезу да је већина СТО обавеза билатералног карактера.²⁰ Његов основни аргумент се састоји у томе да трговина представља предмет СТО обавеза, и да се одвија између тачно одређених чланица.²¹ Износи и тврдњу и да су трговинске концесије настале као резултат преговора приликом приступања у СТО, који су, опет, по правилу билатералног карактера.²²

Аутор овог чланка је мишљења да се ипак треба одредити за став о колективној природи СТО обавеза (макар као доминантној природи), при чему има у виду аргумент да је један од основних циљева Споразума о оснивању СТО заштита колективних очекивања: усвајање теорије реципрочних обавеза би онемогућило остварење тог циља. На основу тога можемо говорити и о примени дистрибутивне правде у СТО.

IV Концепт дистрибутивне правде у правном систему СТО

На основу претходних излагања можемо утврдити постојање два модалитета „расположиве правде“ у оквиру СТО. Према Цветковићу, дуализам модалитета правде је последица одступања од принципа реципроцитета и асмитерије („*quid pro quo*“ парадигме) у праву СТО.²³

18 C. Carmody (2006), 421.

19 *Ibid.*

20 Joost Pauwelyn, „A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?“, *The European Journal of International Law*, 14/2003, 930.

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*, 950.

23 П. Цветковић, 80-81.

Корективном правдом (конкретни модалитет заштите) се штите појединачни и мерљиви интереси и права чланица СТО, и заснована је на концепцији о реципрочном карактеру СТО обавеза.

Дистрибутивна правда (општи правни модалитет заштите) штити интерес очекивања и заснована је на колективној обавези држава чланица да поштују правила и принципе установљене споразумима донетим у оквиру СТО.²⁴ На основу интереса очекивања, она трансформише билатерално уговорне концесије у правила која се колективно примењују, тј. доводи до њихове мултилатерализације.²⁵ *Дистрибутивна правда као механизам санкционисања кршења норми из СТО система преовлађује у праву СТО и њоме се тежи заштити „колективних очекивања“ држава чланица.*²⁶ Како Цветковић тврди, национални регулатори, при томе, имају поуздање у заштиту њиховог „интереса очекивања“ да ће друге државе чланице такође поштовати преузете обавезе. Економски оператери ће, пак, слободније ступати у пословне односе са партнерима ван граница сопствене државе, сигурни у поступање не само своје, него и влада држава у којима обављају привредну активност или са чијим субјектима остварују одређене економске интересе.²⁷

Основни механизам остваривања дистрибутивне правде садржан је у СТО систему решавања спорова који омогућава свакој чланици СТО да покрене процедуру, под условом да има правни интерес, против друге чланице, уколико са разлогом сматра да њене унутрашње мере крше СТО

24 *Ibidem*, 74.

25 С. Carmody (2006), 425. *Ratio* ове заштите може се илустровати следећим примером: Држава А је дала концесије (олакшице) у односу на увоз текстила. Ове олакшице нису од значаја у моменту када су одобрене, већ имају значај *de lege ferenda*. Произвођачи текстила из других држава чланица заснивају на тако преузетој обавези државе А сопствене пословне одлуке у погледу обима и квалитета производње, инвестиција и територијалне дистрибуције робе. Наведена обавеза државе А је „мултилатерализована“ применом начела највећег повлашћења (*Most Favoured Nation Principle - MFN*): дејство овог начела, садржаног у члану 1 Општег споразума о царинимам и трговини (*GATT*), јесте да је обавеза коју је држава А преузела приступом СТО постала обавеза према свим државама чланицама СТО. Из наведеног примера јасно је да обавеза државе А (мултилатерализована дејством клаузуле највећег повлашћења), утиче на правну ситуацију других држава чланица СТО: оне ову обавезу „присвајају“ као премису чије остваривање очекују, преносећи „поуздање“ (очекивање) у њено остваривање и на економске субјекте под својим суверенитетом, који управо на наведеној претпоставци заснивају своје пословне одлуке. Овакво „очекивање“ (односно интерес очекивања – „*expectation interest*“) заслужује правну заштиту: ту правну заштиту обезбеђују норме СТО система. Наведено према: П. Цветковић, 74.

26 П. Цветковић, 81.

27 *Ibid*, 83.

споразум.²⁸ Члан XXIII *GATT*-а не повезује одговорност чланице СТО са постојањем конкретних материјалних последица кршења норми, већ је довољно да чланица СТО не извршава своје обавезе, и тиме поништава очекивања која легитимно имају друге чланице.

Преовлађујуће дејство дистрибутивне правде може се уочити и из карактера одлука, тј. извештаја које усваја Орган за решавање спорова (ОРС). Уколико се у поступку установи да чланица СТО крши одредбе неког од обухваћених споразума, ОРС ће донети препоруку прекршиоцу да спорне прописе и мере усагласи (енг. *bring its measure into conformity*) са правом СТО.²⁹ Нема, дакле, аутоматског захтева за компензацијом. Уместо тога, туженом се даје могућност да модификује оспорену меру (најчешће меру у форми закона или другог подзаконског акта) њеним укидањем, изменом или допуном.³⁰ Оваква врста препоруке се, стога, не може сматрати отелотворењем правде уколико се она поима у билатералном смислу и ако се доживљава као компензаторно средство. *Истински циљ система решавања спорова, дакле, није компензација, већ поновно успостављање правилне дистрибуције правде засноване на интересима очекивања.*³¹ Како Кармоди објашњава, дистрибутивном правдом се не штите тренутни интереси држава и трговаца, него је основна вредност која се њоме штити очекивање у вези са будућом трговином:³²

„Дистрибутивном правдом се објашњава зашто је принципијално средство које предвиђа Споразум о оснивању СТО препорука за усаглашавање: њоме се инсистира на повратку на пожељно понашање, и ни на чему више [...] нагласак је на поновном успостављању услова трговине који су оригинално успостављени. Дистрибутивна правда објашњава и зашто су правна средства којима се „лечи“ повреда обавеза фокусирана на потоње, а не ретроактивно „излечење“: њихов циљ није исправљање постојеће штете, већ будуће исправно понашање.”³³

Ултимативна санкција дистрибутивне правде је суспензија концесија, која за последицу треба да има лишење прекршиоца од пропорционалног удела бенефита.

28 Вид. Општи споразум о царинама и трговини (*GATT*). чл. XXIII.

29 Вид. Договор о правилима и процедурама за решавање спорова (*DSU*), чл. XIX, ст. 1.

30 П. Цветковић, 81.

31 С. Carmody (2006), 421.

32 *Ibid*, 423.

33 *Ibid*, 427.

V Корективна правда

Иако је дистрибутивна правда доминантан облик заштите очекивања у СТО, не треба, са друге стране, занемарити и значај корективне правде. У стварности у којој се трговина свакодневно одвија, корективна правда и више кореспондира са конкретним (и мерљивим) очекивањима државе која повреду трпи. Осим што изазива колективне последице, свако умањење бенефита услед понашања неке државе поседује нужно и своју билатералну манифестацију: друга држава трпи реалну штету.

Кармоди истиче да СТО споразум садржи два аспекта: *аспект очекивања* и *аспект реалности*. Први се штити дистрибутивном, док се други остварује корективном правдом.³⁴ *Заштита индивидуалних права је супсидијарни циљ СТО* који омогућава прилагођавање реалностима у међународној трговини. Оба аспекта правде се налазе у интеракцији, функционишу паралелно и међусобно су условљени.³⁵ Дистрибутивна правда је заснована на обавезама и има колективну, конституционалну, динамичку и далековиду природу: њена логика је дедуктивна, а главна вредност представља једнакост. Са друге стране, корективна правда је заснована на правима, индивидуализована је и има статичну, уговорну и ретроспективну природу: њена логика је индуктивна, а главна вредност је правичност.³⁶

Циљ корективне правде је отклањање штете учињене повредом. За остваривање корективне правде није неопходно покретање процедуре решавања спорова, као што је то случај са дистрибутивном правдом. Чланица СТО, на пример, може одступити од својих обавеза, тако што ће увести заштитне мере или антидампиншке дажбине, користећи се „*маргином толеранције*“³⁷ у случају да њена привреда трпи штету или постоји претња од наступања штете, и уколико такве мере заштите спроведе у

34 Chios Carmody, „The Sutherland Report and the Theory of WTO Law”, *International Organizations Law Review*, 2/2005, 223.

35 Chios Carmody, „Theory of WTO Law”, *Journal of International Economic Law*, 11(3)/2008, 556.

36 *Ibid*, 534.

37 СТО допушта примену одговарајућих мера од стране чланице са циљем постизања конкретне правне заштите њених националних интереса. Другим речима, чланицама се, под одређеним претпоставкама, допушта да оне, ради заштите својих легитимних интереса, одступе од обавеза преузетих приступањем СТО. На овај начин, право СТО установљава „маргину толеранције“ и уважава стварне потребе својих чланица, које могу бити политичког, социјално-еколошког, или економског карактера. При том, оно утврђује дисциплину у вези са спровођењем заштитних мера и тестира оправданост њиховог предузимања. Александар Тирић, *Међународно трговинско право - Општи део*, Ниш, 2012, 127.

складу са процедурама прописаним у СТО споразумима. На тај начин држава својим мерама „коригује“ штету, која би конкретно наступила услед „нелојалног“ понашања других држава које се служе методом офанзивног протекционизма. Са друге стране, корективна правда је од значаја и када се ради о надокнади штете због коришћења „права на одступање“ на начин супротан условима за њихово коришћење. У тој ситуацији, чланица која трпи штету због таквог понашања друге чланице има право на компензацију. У овом случају, право СТО функционише као механизам спровођења корективне правде.³⁸

Uroš ZDRAVKOVIĆ, M.A.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Niš

CONCEPT OF DISTRIBUTIVE JUSTICE IN WORLD TRADE ORGANIZATION

Summary

Distributive justice protects expectation interest and it is based on collective nature of member states' obligations to act in accordance with the rules and principles from agreements under the World Trade Organization (WTO). The purpose of distributive justice is not compensation, but re-establishment of acting that complies with the WTO law. In that sense, distributive justice is focused on future trade. The basic mechanism for implementation of distributive justice is contained in the WTO dispute settlement system, which enables each WTO member to initiate procedure against other member if complaining member with the reason considers that other member violates the WTO Agreement by its internal measures. Although distributive justice is dominant form of legal protection, it exists in correlation and mutual dependence with corrective justice which protects individual interests.

Key words: *distributive justice, World Trade Organization, dispute settlement.*

38 П. Цветковић, 82.

**Андријана МИШОВИЋ, мастер
демонстратор Правног факултета Универзитета у Београду**

ЉУДСКА ПРАВА И ТРАНСНАЦИОНАЛНЕ КОРПОРАЦИЈЕ – ПРОБЛЕМ ОДГОВОРНОСТИ

Резиме

Рад је посвећен анализи једног новог проблема из области међународног права људских права, који заокупља све већу пажњу међународне јавности. Ради се о повредама људских права које чине транснационалне корпорације, упорно измичући одговорности, упркос својој фактичкој моћи и утицају на читав низ фундаменталних права човека. Разлог за такав, повлашћен положај корпорација, лежи у самој природи међународног права људских права, које углавном предвиђа обавезе за државе. Управо из тог разлога, први део рада биће посвећен могућим основима за заснивање одговорности држава у овој области. Са друге стране, када су саме транснационалне корпорације у питању, у раду се анализирају њихове међународноправне обавезе и могућности заснивања одговорности. Основни циљ је разматрање решења за превазилажење правних препрека заснивању одговорности и успостављање делотворног механизма заштите људских права у овој области.

Кључне речи: *међународно право људских права, одговорност држава, транснационалне корпорације, корпоративна одговорност, бизнис и људска права.*

I Уводна разматрања

Корен развоја међународног права људских права налази се у потреби заштите појединца од самовоље државних власти. Временом су државне власти престале бити једини актери који могу угрозити основна људска права. Утицај транснационалних корпорација на животе људи широм света, пробудио је потребу за прилагођавањем међународног права новим изазовима. Неспорно је да су транснационалне корпорације у позицији да крше читав низ фундаменталних права, као и да то неретко

чине. Међутим, кључно питање јесте: како се, у оквирима међународног права, може засновати одговорност за овакве повреде?

Како би се одговорило на ово питање, неопходно је анализирати две врсте одговорности: одговорност држава и одговорност корпорација. Одговорност држава, једно је од фундаменталних питања међународног права, подробно анализирано како у теорији тако и у пракси, те у том смислу постоје релативно јасна правила која регулишу ову област. Приликом анализе ове одговорности, најпре ће бити разматрана одговорност по основу повреде обавезе дужне пажње државе на чијој је територији дошло до повреде, да би се потом испитала могућност заснивања одговорности тзв. матичне државе у којој се налази главно седиште корпорације и која може имати неке екстратериторијалне обавезе контроле над активностима зависних и повезаних друштава која послују у иностранству.

Са друге стране, одговорност транснационалних корпорација је релативно ново питање, повезано са неким фундаменталним питањима међународног права. Први део анализе у овом делу, биће посвећен разматрању обавеза транснационалних корпорација у вези са људским правима, док ће други део бити посвећен механизмима заснивања одговорности.

II Историјски развој

Први покушаји кодификације усмерени ка регулисању понашања транснационалних корпорација јавили су се током седамдесетих година XX века. У овом првом таласу, кодификација је била усмерена од држава ка недржавним актерима (корпорацијама) и то у оквиру међународних организација.¹

Међутим, тек су почетком XXI века начињени озбиљнији кораци ка усвајању једног правно обавезујућег међународног инструмента. Поткомисија за промоцију и заштиту људских права усвојила је 2003. године *Норме о одговорности транснационалних корпорација и других пословних предузећа у односу на људска права*, које обухватају кључне међународноправне принципе у овој области. Иако Комисија за људска права није усвојила Норме, она се обратила Генералном секретару УН са мол-

1 Примера ради, у оквирима: Организације за економску сарадњу и развој, Међународне организације рада и Организације уједињених нација. Видети: August Reinisch, „The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors“, *Non-State Actors and Human Rights* (ed. Philip Alston), Academy of European Law, European University Institute in collaboration with the Center for Human Rights and Global Justice, New York University School of Law, Oxford University Press, 44.

бом да именује специјалног представника за ову област. Тако је 2005. године на место „специјалног представника за питање људских права и транснационалних корпорација и осталих предузећа“ именован Џон Раги (John Ruggie). Као плод његовог дугогодишњег истраживања настала су *Руководна начела УН о бизнису и људским правима* која представљају глобални стандард у овој области. Иако су дала значајан допринос развоју одговорности како држава тако и транснационалних корпорација, ова начела су ипак остала у домену меког права. Међутим, оцењено је да она представљају добру полазну тачку за развој правно обавезујућег међународног инструмента.²

У светлости тог запажања, јуна 2014. године, Савет за људска права усвојио је резолуцију којом позива на формирање радне групе за дискусију на тему усвајања правно обавезујућег инструмента који би регулисао питање односа између активности транснационалних корпорација и међународног права људских права.³

Дискусије које се воде на састанцима радне групе побуђују велико интересовање како држава и транснационалних корпорација тако и организација цивилног друштва, јер се ради о правилима која ће имати значајан утицај на прилично широк круг лица. Кључно је, свакако, питање одговорности која суштински почива на два ослонца: одговорности држава и одговорности корпорација.

III Одговорност држава за повреде људских права које чине транснационалне корпорације

1. Одговорност државе за акте приватних лица

Неспорно је да држава одговара за акте својих органа или агента, али, када се ради о актима лица или група која немају никакву формалну везу са државом, мора се применити стандард приписивости. Међународни суд правде је, у чувеном случају *Никарагва*, успоставио тест ефективне контроле, иначе прилично строг стандард приписивости, који је прихватила и Комисија за међународно право, а који је потврђен и у каснијим случајевима пред Судом.

2 Видети: Joe Zhang, „Negotiations kick off on a binding treaty on business and human rights“, posted 15 February, 2016. Доступно на: <http://www.bilaterals.org/?negotiations-kick-off-on-a-binding>.

3 Human Rights Council, „Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights“, A/HRC Res. 26/9 (26 June 2014), para. 9.

Ако услов приписивости није испуњен, држава неће одговарати за повреде које учине приватна лица. Ипак, она ће одговарати ако је пропустила да поступи са дужном пажњом приликом спречавања таквих повреда и кажњавања починилаца.⁴ Дакле, и ако противправни акт приватног лица није могуће приписати држави, она је и даље дужна да процесуира такво лице и да му одреди санкцију, а ако то не учини може се поставити питање њене одговорности за акте пропуштања.⁵ Ту се заправо ради о одговорности државе за повреду дужности заштите, која укључује две различите обавезе: обавезу покушаја да се спрече штетни акти приватних појединаца и обавезу кажњавања у случају да до повреде дође. Обавеза спречавања је условљена правилом дужне пажње, јер држава не може бити дужна да спречи апсолутно све штетне активности приватних лица, али мора показати дужну пажњу. Слично је и са обавезом кажњавања, у смислу да је обавеза истраживања злочина и привођења одговорних условљена дужном пажњом.⁶

У области међународног права људских права, концепт дужне пажње релевантан је у свим универзалним међународним уговорима који се баве људским правима.⁷ У том смислу, занимљива је и промена у пракси Европског суда за људска права и Европске комисије за људска права, седамдесетих година прошлог века. Наиме, до тада је преовладавао став да Конвенција штити права само од повреда јавних власти, да би касније Комисија изразила мишљење да иако приватна лица не могу одговарати за повреде Конвенције, држава може одговарати за њих под одређеним

4 M. M. Whiteman, *Digests of International Law*, Vol. 8 (1967), 738; Видети према: Giuseppe Spertuti, „Responsibility of States for Activities of Private Persons“, *Encyclopedia of Public International Law* (Published Under the Auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law under the Direction of Rudolf Bernhardt, Elsevier), Amsterdam, London, New York, Oxford, Paris, Shannon, Tokyo, 2000, 217.

5 Бојан Милисављевић, „Приписивост као услов одговорности државе у међународном праву“, *Анали Правног Факултета*, 2/2012, 189.

6 Riccardo Pisillo – Mazzeschi, „Due Diligence and the International Responsibility of States“, *German Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1992, 25-26.

7 Иако је најчешће повезан са економским, социјалним и културним правима, државе се морају придржавати обавезе дужне пажње и у области грађанских и политичких права. Примера ради, код дужности спречавања окрутног, нехуманог и понижавајућег поступања (члан 16 Конвенције против мучења и другог окрутног, нехуманог и понижавајућег поступања или кажњавања од 1984. године), као и дужности истраживања присилних нестанака (члан 3 Међународне конвенције о заштити свих лица од присилних нетанака, од 2006. године) и уопште дужности и обезбеђења поштовања грађанских и политичких права. Видети: ILA Study Group on Due Diligence in International Law, First Report, Duncan French (Chair) and Tim Stephens (Rapporteur), 7 March 2014, 14.

условима.⁸ Посебно је значајан став Суда да обавезе државе по Конвенцији могу укључити и усвајање мера усмерених на поштовање основних права међу самим приватним појединцима.⁹

Међуамерички суд за људска права је дао значајан допринос тумачењу стандарда дужне пажње. У сада већ чувеном случају *Valesquez Rodriguez*, констатовано је да „пракса принудних нестанака (...) сведочи о занемаривању дужности да се држава организује на начин да се гарантују права призната Конвенцијом. (...) Чињеница да је држава створила климу у којој злочини присилних нестанака пролазе некажњено представља пропуст да се поступи по обавезама из Конвенције“.¹⁰

У прошлогодишњој пресуди која се тичала управо односа бизниса и људских права, Међуамерички суд је приметио да су активности приватних корпорација „веома негативно утицале на животну средину и на права домородачких народа“.¹¹ Примећено је да „државе морају штитити људска права од утицаја трећих лица укључујући пословна предузећа, на својој територији“, а „то захтева предузимање корака у циљу спречавања, истраживања и кажњавања“. Коначно, наставши да држава „није обезбедила независну процену утицаја на друштво и животну средину“ те да „није надзирала процену која је касније учињена“, Суд је закључио да је „држава пропустила да се понаша у складу са својом обавезом“.¹²

8 Application No. 4464/70, Belgian National Police, European Court of Human Rights, Series B, No. 17, p. 9; Application No. 5614/72, Swedish Engine Drivers' Union, European Court of Human Rights, Series B, No. 18, p. 8; Видети према: G. Sperduti, 218.

9 X and Y v. the Netherlands (Application no. 8978/80) Strasbourg, 26 March 1985, para. 23. У случају Осман, Европски суд за људска права изнео је следећи став: „како би се установила повреда права из Конвенције, подносилац представке мора показати да власти нису учиниле све што се од њих могло разумно очекивати, како би се избегао стваран и непосредан ризик о коме су морале имати сазнања (Osman v. The United Kingdom (87/1997/871/1083) Strasbourg, 28 October 1998, para 116).

10 Velasquez Rodriguez Case, Judgment of July 29, 1988, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988), paras. 158, 183, 192.

11 Inter-American Court of Human Rights, Case of the Kalina and Lokono Peoples v Suriname, Judgment of November 25, 2015 (Merits, Reparations and Costs), 223-226. Посебно је интересантна чињеница да је Суд је цитирао већ поменута Руководна начела о бизнису и људским правима која је усвојио Савет за људска права УН и за која се може рећи да представљају меко право, подсећајући да „она предвиђају да бизнис мора поштовати људска права“.

12 Inter-American Court of Human Rights, Case of the Kalina and Lokono Peoples v Suriname, Judgment of November 25, 2015 (Merits, Reparations and Costs), 223-226. Не само да су Међуамерички суд за људска права и Европски суд за људска права показали повећану спремност да установе одговорност државе за повреде људских права које потичу од недржавних актера,

Данас се сматра да обавеза државе да штити људска права, тако што ће регулисати понашање недржавних актера, спада у тековине међународног права људских права.¹³ Примера ради, таква обавеза садржана је и у Пакту о грађанским и политичким правима и протумачена као позитивна обавеза држава да штите људска права од повреда које чине приватна лица и ентитети.¹⁴

Другим речима, од држава се очекује да предузму све мере које су разумно могле бити предузете, у складу са међународним правом, како би спречиле понашање приватних актера које може довести до повреда. Ако, пак, до таквих повреда дође, а држава их је могла спречити, тако да то за њу не буде неразуман терет, постојаће одговорност државе.¹⁵

Сходно томе, можемо закључити да међународно право даје могућност за заснивање одговорности државе у случајевима када дође до одређених повреда људских права које чине приватне корпорације, и то преко стандарда дужне пажње, када би држава практично одговарала за пропуст својих органа.

Међутим, одговорност државе суштински је заснована на контроли коју она врши у оквиру својих граница.¹⁶ Сходно томе, овај концепт би се практично могао применити на одговорност државе на чијој су се територији повреде догодиле. Међутим, имајући у виду да транснационалне корпорације често послују у државама које се налазе у незавидној економској ситуацији, те су мотивисане да на разне начине, привлаче инвестиције, ваљало би испитати могућности за заснивање одговорности матичне државе (државе на чијој је територији и по чијим је законима предузеће основано или у којој се налази главно седиште или седиште пословних активности).

већ је то случај и са Међуамеричком комисијом за људска права и Афричком комисијом за права народа, али и са разним телима на универзалном нивоу која су тумачила обавезу обезбеђења уживања људских права као обавезу државе да предузме мере како би спречила повреде које врше недржавни актери.

13 Olivier De Schutter, „Towards a New Treaty on Business and Human Rights“, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1, Iss. 1, 2016, 44.

14 Human Rights Committee, General Comment 31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).

15 O. De Schutter (2016), 44.

16 Clyde Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York University Press, New York, 1928, 8-9. Видети према: Jaye Ellis, „Has International Law Outgrown Trail Smelter?“, 2011, 6, доступно на: <http://ssrn.com/abstract=1766142>.

2. Екстратериторијална обавеза заштите људских права

Према општим правилима о одговорности државе, јасно је да она не може одговарати за сваки противправни акт који њен држављанин почини у иностранству.¹⁷ Чак ни Европска конвенција о заштити људских права, која се може сматрати најсавршенијим регионалним моделом заштите, не намеће, осим одређених изузетних околности, обавезу државама да штите људска права изван граница своје надлежности, што се углавном, али не увек, своди на њихову територију.¹⁸

Одређен број правно обавезујућих инструмената о људским правима, тумачи се тако да садржи и екстратериторијалну обавезу, према којој се од држава захтева да поштују и штите људска права предузимајући одређене акције и уздржавајући се од других аката, који утичу на људска права изван њихових граница.¹⁹

Комитет за економска, социјална и културна права потврдио је дужност држава да спрече повреде Пактом загарантованих права, које приватна лица чине у другим државама, под условом да су способне да утичу на та лица, путем разних политичких средстава, у складу са Повељом УН и примењивим међународним правом.²⁰

Посебно када су корпорације у питању, исти Комитет је стао на становиште да су државе уговорнице дужне да предузму кораке како би спречиле повреде људских права које у иностранству чине корпорације

17 Видети: Olivier De Schuttep, „The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law“, Center for Human Rights and Global Justice Working Paper, Number 1, 2004, Global Law School Faculty, NYU School of Law, New York, 4.

18 O. De Schutter (2004), 2. Уопштено говорећи, постоје три ситуације када се за државу рађају екстратериторијалне обавезе у погледу поштовања људских права: када влада врши власт или ефективну контролу над територијом, независно од тога да ли је таква контрола вршена у складу са међународним правом; када акти или пропусти имају предвидиве последице на уживање економских, социјалних и културних права изван територије државе, чак и у одсуству ефективне контроле над територијом или ситуацијом; и коначно, када је влада у позицији да врши одлучујући утицај или да предузме мере преко својих законодавних, извршних или судских органа у циљу реализације економских, социјалних и културних права екстратериторијално, у складу са међународним правом (Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights, 2011).

19 Columbia Center on Sustainable Investment, A Joint Center of Columbia Law School and the Earth Institute, Columbia University, Ninth Annual Columbia International Investment Conference, Raising the bar: Home country efforts to regulate foreign investment for sustainable development, Columbia University, New York, November 12-13, 2014, 6.

20 CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), para. 39.

чије се главно седиште налази у њиховој надлежности, без повреде суверенитета или умањења обавеза државе домаћина по Пакту.²¹

Затим, Комитет за елиминацију расне дискриминације је у свом извештају за Канаду охрабрио ову државу да предузме одговарајуће законодавне и административне мере у циљу спречавања аката транснационалних компанија регистрованих у Канади који негативно утичу на уживање права домородачких народа на територијама изван Канаде. Нарочито, Комитет је препоручио Канади да истражи могућности да установи одговорност транснационалних корпорација регистрованих у Канади.²²

Даље, Комитет за људска права је у извештају који се односио на Немачку, охрабрио ову државу да јасно постави своја очекивања од пословних предузећа са седиштем на њеној територији и у њеној надлежности, да у својим активностима поштују стандарде заштите људских права у складу са Пактом. Такође, Комитет је охрабрио Немачку да предузме одговарајуће мере како би ојачала средства заштите жртава активности таквих пословних предузећа која делују у иностранству.²³

Коначно, и Међународни суд правде је, тумачећи Пакт о грађанским и политичким правима, прихватио могућност екстратериторијалне примене инструмената о људским правима. Суд је приметио да се надлежност држава, иако примарно територијална, понекад може вршити и изван националне територије. Ослонивши се на константну праксу Комитета за људска права, као и на припремне радове, Суд је протумачио да државе уговорнице Пакта нису имале намеру да дозволе избегавање обавеза када врше надлежности изван своје територије.²⁴

Да свест о потреби проширења обавеза матичних држава постепено сазрева на међународном плану, потврђује и чињеница да се Међуамеричка Комисија за људска права 2013. године, по први пут у историји директно позабавила разматрањем одговорности матичне државе корпорације за акте које та корпорација почини у иностранству. До тог тренутка Комисија се готово у потпуности фокусира на одговорност државе до-

21 CESCR: Statement on the Obligations of States Parties regarding the Corporate Sector and Economic, Social and Cultural rights, E/C.12/2011/1 (20 May 2011), para. 5.

22 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding Observations: Canada, CERD/C/CAN/CO/18, para. 17. Потпуно исти коментар дат је и у извештају за САД (Concluding Observations: United States, CERD/C/USA/CO/6, para. 30).

23 Human Rights Committee, Concluding Observations: Germany, CCPR/C/DEU/CO/6, para. 16.

24 ICJ, Advisory Opinion, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 9 July 2004, para. 109.

маћина, односно државе у којој је дошло до повреде, остављајући тако матичне државе потпуно недодирљивим.²⁵

Кључно питање које произлази из описаних запажања међународних тела јесте свакако питање које су то конкретне обавезе које матичне државе могу имати у односу на корпорације које послују у иностранству.

У том смислу у литератури се налазе два могућа решења. Прво решење је радикално и огледа се у наметању обавезе државама да контролишу корпорације које послују у иностранству, али којима управља, контролише их или поседује правно или физичко лице које се сматра држављанином државе у питању.²⁶ Друго решење је скромније, и свакако реалније, а то је да државе обавезу корпорације са седиштем на њиховој територији да поштују људска права где год да обављају своје активности, чак и ако је то у другим земљама, те да наметну поштовање таквих норми различитим ентитетима које контролишу (зависна друштва, а понекад чак и пословни партнери).²⁷ Иако се овај приступ понекад назива и екстратериторијалним регулисањем, овде се заправо питање екстратериторијалности и не поставља. Држава чију „националност“ поседује матична компанија (држава седишта матичне компаније) намеће одређене обавезе корпорацији, а утицај на ситуације изван њене територије је само индиректан, дакле то је само резултат тога што је матичној компанији наметнута обавеза да контролише своја зависна друштва или да надгледа ланац снабдевања.²⁸

Чини се да би кључни допринос правно обавезујућег међународног инструмента у овој области могао бити управо појашњење конкретних обавеза држава, које се могу сматрати матичним државама транснационалних корпорација. Иако се од новог инструмента очекује да обавезе транснационалне корпорације, питање њихове одговорности у међународном праву врло је сложено и захтева преиспитивање неких фундаменталних принципа на којима почива овај правни систем. Управо из

25 Benjamin Hoffman, Inter-American Commission on Human Rights to Consider „Home Country Liability“ for the Extraterritorial Actions of Transnational Corporations, *Earth Rights International* (November 07, 2013), доступно на: <https://www.earthrights.org/blog/inter-american-commission-human-rights-consider-home-country-liability-extraterritorial-actions>.

26 Ако се ради о приватном лицу, онда је то лице чије се место инкорпорације или главно место пословања налази на тој територији. O. De Schutter (2016), 46.

27 O. De Schutter (2016), 46.

28 O. De Schutter (2016), 47.

тог разлога, не треба занемарити велику улогу коју државе, као главни субјекти међународног права, могу одиграти на овом пољу.

IV Одговорност транснационалних корпорација

1. Транснационалне корпорације као адресати међународних обавеза

Како би се размотрило питање обавеза које међународно право може наметнути транснационалним корпорацима, неопходно је осврнути се на питање субјективитета у међународном праву, имајући у виду да је способност ентитета да буде носилац права и обавеза један од његових конститутивних елемента.

У традиционалној концепцији субјективитета у међународном праву, државе су не само једини ентитети који поседују све елементе субјективитета, већ представљају и параметар за одређивање субјективитета других ентитета у међународној заједници.²⁹ У таквој конструкцији транснационалним корпорацијама нема места међу субјектима међународног права.

Са друге стране, у новије време, јавила су се схватања да међународно право треба посматрати као „динамичан процес доношења одлука“, у коме постоји мноштво „учесника који имају за циљ да максимизирају различите вредности“. У том моделу нема субјеката и објеката, већ само учесника, међу које се, поред држава и међународних организација, убрајају и физичка лица, мултинационалне корпорације и приватне невладине групе.³⁰ Оваквом схватању се приговара да на недовољно јасан и вишезначан начин дефинише један од основних појмова сваког права, па и међународног.³¹

Коначно, поједини аутори виде транснационалне корпорације као кандидате за стицање својства међународне личности, додајући, међутим, да је ово питање и даље отворено у међународном праву.³²

Иако у теорији постоје одређена неслагања, у пракси је неспорно да су транснационалне корпорације у позицији да крше норме међународног права људских права. Питање је да ли на тај начин корпорације

29 Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, 4. издање, Београд, 2010, 121.

30 Rosalyn Higgins, *Problems and Process, International Law and How We Use It*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 50.

31 М. Крећа, 129.

32 Malcolm Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, 2008, 249, 250.

заправо повређују неке своје међународне обавезе или оне остају невидљиве за међународно право као ентитети који не могу бити директни адресати обавеза.

Како неки аутори примећују, у новије време, дошло је до оспоравања традиционалног поимања да само државе и њихови агенти могу бити одговорни за повреде људских права, услед успона економске и друштвене моћи мултинационалних компанија.³³ Другим речима, у начину на који мислимо о људским правима дошло је до концептуалне промене у односу на класичну парадигму о моћној држави против слабог појединца, у правцу укључивања заштите од све моћнијих недржавних актера.³⁴

Са друге стране, постоје и аргументи против проширења обавеза људских права на мултинационалне корпорације. Примера ради, наводи се да је њихова социјална одговорност само да остварују профит за своје акционаре, али не и да раде у складу са моралним начелима у широј заједници – то би се чак могло сматрало недопуштеним мешањем у унутрашње послове. Друго, приватни актери немају позитивну дужност поштовања међународног права људских права, већ имају само обавезу да поштују право које пропише држава. Даље, нејасно је која права би оне морале да поштују, јер иако можда имају утицаја на социјална и економска права, оне не могу ништа учинити у погледу грађанских и политичких права, јер је то област у надлежности држава. Коначно, будући да све корпорације неће имати исту бригу о поштовању људских права, оне мање савесне ће имати конкурентску предност у односу на оне савесније.³⁵ Коначно, наметање корпорацијама истог обима дужности које имају државе за сва права може довести до стапања две сфере, те ефикасну примену правила учинити проблематичном.³⁶

Традиционални приступ, изражен у инструментима о заштити људских права, јесте да се корпорацијама обавезе намећу индиректно преко држава, које на тај начин испуњавају своје међународне обавезе.³⁷ Другим речима, међународно право, кроз бројне конвенције које се баве

33 Peter T. Muchlinski, „Human rights and multinationals: is there a problem?“, *International Affairs*, 77 I (2001), 31.

34 A. Reinisch, 38.

35 Peter T. Muchlinski, 36.

36 John Gerard Ruggie, „Current Development, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda“, *The American Journal of International Law*, Vol. 101, 2007, 827.

37 J. Ruggie, 839.

заштитом људских права, индиректно намеће обавезе приватним лицима.³⁸

Својеврсну „тиху револуцију“ у овој области донео је, већ поменути, Нацрт норми, јер су оне садржале обавезе у вези са заштитом људских права, упућене не само државама, већ и корпорацијама.³⁹ Према овом Нацрту, примарни носиоци обавеза и даље остају државе, али транснационалне компаније и друга пословна предузећа добијају дужности у својој сфери утицаја.⁴⁰ На тај начин, учињена је иницијатива која иде изнад смерница добровољне природе.⁴¹ У светлости чувене дилеме да ли приступ корпоративној одговорности за повреде људских права треба да буде регулаторан (за шта се залажу цивилно друштво, невладине организације и значајан број чланова академске заједнице) или добровољан (за шта се залаже бизнис), овакав приступ би се могао описати као регулаторан.⁴² Ипак, Комисија за људска права, услед великог противљења бројних организација, попут Међународне привредне коморе и Међународне организације послодаваца, није усвојила овај нацрт.⁴³

Већ је поменуто, да је након овог неуспелог покушаја обавезивања транснационалних корпорација, Генерални секретар, на предлог Комисије за људска права, именовано специјалног представника који би идентификовао и разјаснио међународне стандарде и политике у вези са бизнисом и људским правима. Чини се да истраживање специјалног известиоца иде у прилог традиционалном виђењу, јер он закључује да установљавање директне корпоративне одговорности по обичајном међународном праву још увек није сазрело.⁴⁴

Кључни допринос специјалног представника огледа се у сачињавању Руководних начела о бизнису и људским правима, које је Савет за

38 O. De Schutter (2004), 7.

39 O. De Schutter (2016), 58.

40 J. Ruggie, 821.

41 David Weissbrodt, Muria Kruger, „Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights“, *The American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 4, 2003, 913.

42 Jan Wouters, Leen Chanet, „Corporate Human Rights Responsibility: A European Perspective“, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 6, Iss. 2, 2008, 264

43 J. Ruggie, 821.

44 J. Ruggie, 832. Разлог за овако рестриктиван приступ лежи у бојазни да наметање директних међународних обавеза корпорацијама може имати негативан ефекат на владе. Чини се да најпре треба појаснити и кодификовати дужности држава да штите људска права од корпоративних повреда. Видети: J. Ruggie, 839.

људска права усвојио у облику резолуције 2011. године. Начелима је створен оквир који почива на одговорности државе да штити људска права, корпоративној одговорности и приступу правним средствима, и што је најважније у њима је недвосмислено разјашњено да корпорације могу да повреду све типове људских права и да сви типови пословних предузећа без обзира на величину, природу и локацију треба да буду подвргнути оквиру ових начела.⁴⁵

Поглавље о корпоративној одговорности за повреду људских права садржи неколико принципа, у којима се од пословних предузећа захтева да поштују међународно призната људска права где год да послују. Посебно је значајна обавеза дужне пажње као део ове корпоративне одговорности. Међутим, и даље није разјашњено у ком обиму се од корпорације захтева да обезбеди да ентитети са којим је повезана поштују људска права.⁴⁶

Чини се да је управо због ових глобално прихваћених стандарда у области бизниса и људских права, примећено да иако у међународном праву људских права још увек није развијен аспект директног обавезивања недржавних актера, ипак постоји помак у области обавезивања корпорација.⁴⁷

Иако Руководна начела и даље остају у домену меког права, њихов потенцијал не треба потцењивати. Наиме, како неки аутори примећују, усвајању бројних међународних уговора у области људских права претходило је доношење разних препорука, декларација, принципа који се убрајају у меко право.⁴⁸ Исправност овог запажања потврдило је време, јер је, као што је већ примећено, половином 2014. године, Савет за људска права усвојио резолуцију у којој позива на успостављање међувладине радне групе која ће расправљати о међународно обавезујућем инструменту усмереном на регулисање транснационалних корпорација и других пословних предузећа у односу на људска права. Учесници радне групе су сагласни да бизнис мора поштовати људска права и да треба да буде одговоран за повреду људских права услед аката или пропуста.

Можемо закључити да, упркос изложеним правним проблемима, у међународном праву постоје значајни кораци усмерени ка директном

45 Duncan French, Tim Stephens, *ILA Study Group on Due Diligence in International Law*, First Report, 7 March 2014, 19.

46 O. De Schutter (2016), 47.

47 D. French, T. Stephens, 18-19.

48 D. Weissbrodt, M. Kruger, 914.

обавезивању транснационалних корпорација. Међутим, далеко већи проблем представља заснивање одговорности ових ентитета. У наставку рада биће речи о препрекама ка успостављању такве одговорности.

2. Препреке заснивању одговорности транснационалних корпорација

У погледу заснивања одговорности транснационалних корпорација за повреде људских права, могуће је издвојити три потенцијалне препреке. Прво, својство правног лица, друго, питање одговорности матичног друштва за акте зависног друштва и треће, питање форума надлежног за разматрање одговорности.

Када је у питању прва препрека, имајући у виду ограничен обим овог рада, није могуће направити комплетну упоредноправну анализу положаја правних лица и могућности заснивања њихове одговорности у различитим правим системима. За потребе овог рада, биће анализирана пракса судова САД у поступцима по основу чувеног Закона о грађанско-правним деликтима у иностранству.⁴⁹ Разлог за овакав избор лежи у чињеници да се ради о веома богатој пракси, као и да велики број транснационалних корпорација има главно седиште или центар пословних активности управо у овој држави. Наиме, од када је у случају *Filartiga v. Pena-Irala* из 1980. године, Закон о грађанскоправним деликтима у иностранству постао правни основ за парничење које се односи на повреде људских права, он се често примењивао пред америчким судовима, како против појединаца тако и против корпорација за разне повреде, почев од мучења, преко загађења животне средине, медицинских експеримената без пристанка, разних облика злостављања у сарадњи са властима државе домаћина, па до коришћења дечјег рада. Међутим, када су корпорације у питању, судови нису досуђивали накнаде штете, иако је у неколико случајева установљена претпоставка да корпорације могу бити одговорне по том Закону, без обзира на то где су тужиоци или тужени стационирани.⁵⁰

Посебну пажњу међународне јавности привукао је случај *Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum*, од кога се очекивало да коначно реши дилеме о одговорности корпорација за повреде људских права у иностранству. У овом случају избеглице из Нигерије покренуле су поступак у Сједињеним

49 The Alien Tort Claim Act. У питању је стари закон који дозвољава недржављанима САД да покрену поступке пред судовима САД због повреде права народа.

50 Jörg Polakiewicz, „Corporate Responsibility to Respect Human Rights Challenges and Opportunities for Europe and Japan“, CALE Discussion Paper No. 9 October, 2012, 23, 24.

Америчким Државама против компаније *Royal Dutch Shell*, оптужујући ову мултинационалну компанију за помагање и подршку војном и систематском мучењу и убијању учесника у мирним протестима против уништавања животне средине током деведесетих година прошлог века у Нигерији. Након што је федерални апелациони суд нашао да, у конкретном случају, корпорација не може одговарати за повреде људских права, по Закону о грађанскоправним деликтима у иностранству, тужилац се обратио Врховном суду, који се позабавио управо питањем да ли су корпорације имуне од грађанске одговорности за повреде норми међународног права, каква је, примера ради, забрана мучења.

Тужиоци су тврдили да одговорност корпорације за противправне акте њених агената постоји у свим правним системима широм света, те да представља општи принцип међународног права који је део права САД.⁵¹

Са друге стране, тужена корпорација је стала на становиште да међународни кривични трибунали до сада никада нису осудили корпорацију за мучење или злочине против човечности и да уговори о људским правима не наводе изричито могућност одговорности корпорација. Такође, указали су да је корпорација правно лице, те да не може бити одговорна по домаћем или међународном праву као што је то случај са физичким лицем.⁵²

Посебно интересантно је било становиште које је заузела Влада САД, да нема норме међународног права која прави разлику између правних и физичких лица и да корпорације (или агенти који делују у њихово име) могу да повреду норму, на исти начин као што то чине и физичка лица. Дакле, ништа у међународном праву или праву САД не искључује одговорност корпорација за повреде људских права.⁵³

Коначно, на разочарање многих стручњака и организација које се баве заштитом људских права, Врховни суд је одбацио захтев тужилаца,

51 In the Supreme Court of the United States *Esther Kiobel et al vs. Royal Dutch Petroleum Co., Shell Transport and Trading Company, PLC, Shell Petroleum Development Company of Nigeria, LTD*, Brief for Petitioners, para. 542.

52 In the Supreme Court of the United States *Esther Kiobel et al vs. Royal Dutch Petroleum Co., Shell Transport and Trading Company, PLC, Shell Petroleum Development Company of Nigeria, LTD*, Brief for Respondents, 8, 9.

53 In the Supreme Court of the United States *Esther Kiobel et al vs. Royal Dutch Petroleum Co., Shell Transport and Trading Company, PLC, Shell Petroleum Development Company of Nigeria, LTD*, Brief for the United States as Amicus Curiae supporting petitioners, 7, 8.

са ослонцем на претпоставку против екстратериторијалности. Када је у питању корпоративна одговорност, Суд се њоме није бавио, па је тако, чини се, оставио могућност за заснивање одговорности корпорација по основу Закона о грађанскоправним деликтима у иностранству. Сходно томе, могло би се закључити да одговорност корпорација за повреде људских права није у потпуности исључена, те да корпорације ипак немају бланко имунитет.⁵⁴

Друга препрека заснивању одговорности корпорација огледа се у њиховој међусобној повезаности и зависности која је истовремено праћена одвојеним правним субјективитетом. Како је примећено, успостављање одговорности у условима постојања транснационалних корпоративних мрежа представља велики изазов за међународни правни систем. У складу са доктрином ограничене одговорности, матичне компаније генерално нису одговорне за повреде које почине ћерке компаније, чак и када су оне само агенти матичне компаније.⁵⁵

У том смислу, током преговарања о новом правно обавезујућем међународном инструменту у овој области, невладине организације су предложиле да матична друштва треба сматрати одговорним за штете које причине зависна друштва која оне контролишу, осим ако докажу да су предузели искрене превентивне кораке или да нису могли знати за активности зависног друштва у складу са стандардима дужне пажње. Појам контроле ваљало би дефинисати на основу поседовања акција, без потребе да се у сваком случају утврђује да ли је матична компанија заправо била укључена у политике зависног друштва, и да ли оно има „сопствени ум“.⁵⁶

Коначно, последња препрека, уједно је и највећа и најсложенија, и огледа се у заснивању надлежности. У већ поменутом случају *Киобел*, примећено је да је Врховни суд одбацио тужбе избеглица из Нигерија против Шела позивајући се на претпоставку против екстратериторијалности.

Већ је примећено, да је Влада САД на почетку интервенисала у корист тужилаца, али је у међувремену, управо са ослонцем на ову претпоставку, променила став и позвала се на територијално ограничен дома-

54 Meetali Jain, Bonita Meyersfeld, „Lessons from *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Company*: Developing Homegrown Lawyering Strategies Around Corporate Accountability“, *SAJHR*, бр. 30/2014, 441.

55 J. Ruggie, 824.

56 Carlos Lopez, Ben Shea, „Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Session“, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1, Iss. 01, 2016, 114–115; O. De Schutter (2016), 53.

шај Закона о грађанскоправним деликтима у иностранству, како би спречила тужбу против ове корпорације.⁵⁷

Коначно, у априлу 2013. године Врховни суд је донео одлуку да се на тужбе по основу Закона о грађанскоправним деликтима у иностранству примењује претпоставка против екстратериторијалности. Те тужбе се заснивају на поступању које се догодило изван територије САД, тако да се оне морају у довољној мери тицати територије САД, како би се оборила претпоставка против екстратериторијалне примене. Примењујући тај стандард на конкретан случај, Суд је одбацио захтев тужилаца против стране корпорације за поступак који се догодио изван територије САД, налазећи да се само корпоративно присуство, у светлости чињенице да су корпорације данас присутне у многим земљама, не дотиче довољно територије САД како би се ова претпоставка оборила.⁵⁸ Дакле, овом пресудом је одговорност за повреде људских права изван територије САД значајно ограничена.

Занимљиво је виђење да је описани случај довео до „изненађујуће смрти универзалне надлежности по Закону о грађанскоправним деликтима у иностранству“.⁵⁹ Наиме, универзална надлежност се може дефинисати као „правно овлашћење тужиоца или судија било које државе да води истрагу или гони странце за злочине који не представљају повреде интереса искључиво те државе, када су учињени ван њене територије и према лицима која нису домаћи држављани“.⁶⁰ Међутим, осим универзалне кривичне надлежности, која има за циљ успостављање индивидуалне кривичне одговорности, постоји и универзална грађанска надлежност, која је призната управо по поменутом Закону о грађанскоправним деликтима у иностранству.⁶¹ У том смислу се, са ослонцем на тај Закон, у литератури говори о настајању међународне норме о универзалној надлежности, како у грађанској тако и у кривичној сфери.⁶² Међутим,

57 Kiobel v. Shell, Light Dims on Human Rights Claims in the U.S., The Center for Justice and Accountability, Bringing Human Rights Abuses to Justice, <http://cja.org/section.php?id=510#Kiobel%20I>.

58 Supreme Court of the United States, Syllabus, Kiobel, individually and on behalf of her late husband Kiobel, et al. v. Royal Dutch Petroleum co. et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, 14.

59 Julian G. Ku, „Kiobel and the Surprising Death of Universal Jurisdiction under the Alien Tort Statute“, *The American Journal of International Law*, Vol. 107, 2013, 835.

60 Ивана Крстић, *Универзална надлежност у међународном праву за тешке повреде људских права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 43.

61 И. Крстић, 132.

62 J. G. Ku, 837.

пресуда у случају *Киобел* представља одбијање признавања универзалне надлежности по Закону о грађанскоправним деликтима у иностранству,⁶³ што ће свакако имати значајне последице у будућем расуђивању пре свега судова САД, а могуће и судова других земаља.

Овај случај представља добру илустрацију вероватно и највеће правне препреке утврђивању одговорности транснационалних корпорација, а то је проблем надлежности. Управо из тог разлога предложено је истраживање могућности за стварање једног међународног форума који би примао притужбе за повреде људских права које чине корпорације.⁶⁴

V Закључна разматрања

Имајући у виду значајну улогу коју транснационалне корпорације играју на међународној сцени, изненађујуће је колико су механизми надзора над њима слаби и неефикасни. Ипак, препозната је потреба за усвајањем једног међународног обавезујућег инструмента у овој области, те су начињени и први кораци у овом правцу. Не треба, међутим, потценити ни већ постојећа правила и стандарде у међународном праву, која се преваходно тичу одговорности држава. Наиме, улога државе као главног субјеката међународног права веома је значајна, како у погледу вршења обавезе дужне пажње на својој територији тако и у погледу развоја екстратериторијалних обавеза које се односе на заштиту људских права. У том смислу, допринос будућег међународног инструмента могао би да буде управо у појашњењу обавеза држава у овој области.

63 J. G. Cu, 837-838.

64 C. Lopez, B. Shea, 115. На овом месту, свакако треба подсетити да је већ било покушаја успостављања међународне надлежности за међународна кривична која почине правна лица. Наиме, Нацрт статута Међународног кривичног суда предвидео да ће Суд имати надлежност над правним лицима када су злочини почињени у име тих правних лица или од стране њихових агената или представника. Нажалост, ова идеја је напуштена у последњој фази преговора (O. De Schutter (2004), 5). Такав облик међународне контроле успоставио би се путем усвајања међународног инструмента који би обавезао државе уговорнице да прихвате да транснационалне корпорације у њиховој јурисдикцији буду подвргнуте некој форми контроле. Када се појаве наводи да је корпорација повредила неко право, њена одговорност би се испитивала пред међународним механизмом, осим ако се повреда разматра пред интерним механизмима унутар корпорације или кроз правна средства доступна држави у питању (O. De Schutter (2016), 59). Иако постоји бојазан да би такав међународни надзорни механизам био неефикасан услед постојања великог броја транснационалних корпорација које би једноставно преправиле такав форум, чини се да то ипак није препрека његовом успостављању, јер би то значило да су и домаће правне забране осуђене да остану мртво слово на папиру, имајући у виду да се односе на велики број индивидуа (O. De Schutter (2016), 58).

Са друге стране, потребно је регулисати поступање транснационалних корпорација, како кроз прецизирање њихових обавеза тако и путем успостављања надзорног механизма. Бројне су препреке заснивању одговорности корпорација пред националним форумима, па се тако чини пожељним стварање једног међународног надзорног механизма по угледу на међународни кривични суд, пред којим би на основу пристанка држава уговорница, могла бити процесуирана правна лица у њиховој јурисдикцији.

У сваком случају проблем озбиљних повреда људских права које чине транснационалне корпорације, требало би третирати на два колосека, преко одговорности држава и корпоративне одговорности, а све са циљем постизања ефикасније заштите жртава.

Andrijana MIŠOVIĆ, M.A.

Teaching assistant at the Faculty of Law University of Belgrade

HUMAN RIGHTS AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS – RESPONSIBILITY PROBLEM

Summary

Article is dedicated to the analysis of one new problem in the field of international human rights law, which captures growing attention of the international public. It is the problem of human rights violations by transnational corporations, which are persistently avoiding responsibility, despite of their huge influence on numerous fundamental human rights. The reason for such privileged position of corporations lays in the very nature of the international human rights law, which predominately imposes obligations on states. Hence, the first part of this article analyses possible basis for state responsibility. On the other side, with regard to transnational corporation, the article analyses their obligations and possible basis for responsibility. The main goal is finding solutions for overcoming legal obstacles for imposing responsibility and establishing effective mechanism of human rights protection in this area.

Key words: *international human rights law, state responsibility, transnational corporations, corporative responsibility, business and human rights.*

Кристина АНЂЕЛИЋ

студент докторских студија Правног факултета
Универзитета у Нишу

МЕЂУНАРОДНИ ЦЕНТАР ЗА РЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА (ICSID) КАО КОМПРОМИС ИЗМЕЂУ СУДСКОГ ПОСТУПКА И АРБИТРАЖЕ

Резиме

Међу моделима за решавање инвестиционих спорова, судски поступак и арбитраже се перципирају као међусобно супротстављени, јер судови представљају оличење државне власти, а арбитраже добровољно делегирање дела суверенитета. Дуализам судског поступка и арбитраже, схваћених у антагонистичком односу, добија на значају рађањем идеје о формирању Међународног инвестиционог суда. На линији између конкурентних модела за решавање инвестиционих спорова је ICSID, као компромис. Кроз приказ одређених кључних карактеристика ICSID-а: нивоа флексибилности уграђених у ICSID Конвенцију, правног ауторитета одлука које се одређују као функционално судске, хибридне правне природе поступка и могућности прилагођавања фрагментираним међународном инвестиционом праву; анализира се идеја о опредељивању структуриране арбитраже каква је ICSID, као оптималног модела за решавање инвестиционих спорова.

Кључне речи: *инвестициони спорови, арбитраже, судски поступак.*

І О идеји за одређивање Међународног центра за решавање инвестиционих спорова као „међурешења” између судског поступка и арбитраже

Владавина права је једна од суштинских обележја модерне државе, достигнуће које је одваја од историјских творевина чији поредак није почивао на уређеном систему у коме свако има загарантована

права. Самостална и независна судска власт, као уставноправна категорија, стоји као основни стуб – носилац остваривања прописаних права. Поверавање решавања спорова судовима је један од основних прерогатива суверене државе. Наравно, ове тековине нису новина, већ се наводе као *de lege lata*, фундаменталне карактеристике државног уређења, које су временом дубоко интегрисане у систем власти и модус њеног функционисања. Посматрано у контексту решавања међународних инвестиционих спорова, профилисање судија, механизми за очување неутралности суда, обезбеђивање права на суђење у разумном року, неке су од основних поставки на којима би могла да почива идеја о коришћењу домаћих судова за решавање ових спорова. Међутим, пракса показује да национални судови редовно нису изабрани форум инвеститора пред који износе захтев за заштиту својих права у односу на државу домаћина.

Шта би онда било *de lege ferenda*? Као једна опција, постоји идеја за оснивање међународног инвестиционог суда. У преговорима који се воде у оквиру Трансатлантског партнерства у области трговине и инвестиција (енг. *Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP*), Европска унија је сачинила предлог о реформисању приступа заштити инвестицијама. Овај предлог подразумева формирање Међународног инвестиционог суда, који би као стално тело, имао циљ да штити права инвеститора, истовремено штитећи регулаторна права државе, кроз јасно дефинисана правила процедуре, квалификоване судије, транспарентне поступке и апелациони систем.¹ У контексту развоја међународних односа ово би могло да се схвати као логични еволутивни корак. Интернационализација судског система се може схватити као надоградња над глобализацијом економије и материјалног права. Уколико би се ова идеја развила као модел две велике економске целине (САД и ЕУ), била би значајна и за централизовање уређивања односа између држава и инвеститора. Крајњи очекивани резултат би била већа кохезија и доследност у примени права.

Ипак, на линији разматрања модела за решавање инвестиционих спорова: домаћи у односу на међународни суд, потребно је сагледати постојећи модел, односно „међурешење” које је комплементарно карактеру међународног инвестиционог права. Од посебног интереса је Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (енг. *In-*

1 Доступно на адреси Европске комисије: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm.

ternational Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID),² као институционализовани систем у оквиру кога је омогућено појединцу да поднесе захтев за заштиту инвестиције директно против државе. Овај Центар креира комплетан и затворен систем, изолован од националних правних поредака.³ Иако се по броју поднетих и решених случајева, *ICSID* наметнуо као ауторитативни центар за решавање инвестиционих спорова, суочава се са проблемом легитимитета. Одлуке које се доносе су подвргнуте јавном преиспитивању усвојених решења, са императивом на конзистентности одлучивања у циљу очувања правне предвиљивости и сигурности. Поред тога, критике се тичу и разматрања да ли је *ICSID* неравноправан систем, креиран на премиси заштите права инвеститора, без узимања у обзир других неинвестиционих питања и питања од јавног значаја у држави домаћину. Односно, *ICSID* се перципира као систем заснован на проинвеститорским тенденцијама,⁴ и који иде на штету националних интереса, уводећи у приватну сферу спорове који су есенцијално питања од јавног интереса.⁵ Успех, односно даље функционисање Центра зависи од пристанка држава на чланство у *ICSID*-у⁶, односно од тога да ли међународна заједница и даље верује у његов легитимитет.⁷ Зато је од суштинског значаја одговорити на питање зашто државама одговара овај метод за решавање инвестиционих спорова.

Овај рад анализира решења у *ICSID* Конвенцији која су усвојена управо да би омогућила државама да се по *opt-in* моделу одреде за модел решавања спорова за који процене да им највише одговара. Током трајања Центра, иако је *ICSID* Конвенција остала неизмењена, решавање спорова је добило потпуно другачији квалитет – да ли таква промена значи да је функција овог Центра ишла у корак за захтевима

2 Основан 1965. године Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: *ICSID* Конвенција).

3 Aron Broches, „Awards rendered pursuant to the ICSID Convention: binding force, finality, recognition, enforcement, execution”, *ICSID review*, Vol. 2, No. 2/1987, 288.

4 Charles N. Brower, Stephen W. Schill, „Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law”, *The Chicago Journal of International Law*, Vol. 9/2008, 472.

5 Pauwelyn Joost, „At the edge of chaos? Foreign investment law as a complex adaptive system, how it emerged and how it can be reformed”, *ICSID Review*, Vol. 29, No. 2/2014, 380.

6 Pierre Lalive, „Absolute finality of arbitral awards”, *Revista internacional de arbitragem e Conciliação*, 2008, 1.

7 Tai-Heng Cheng, „Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 30/2007, 5.

времена у ком егзистира, или је довела до нарушавања његовог међународног ауторитета и легитимитета, питање је које захтева значајно шире разматрање. Ипак, овај рад настоји да покаже следеће значајне елементе – *ICSID* Конвенција показује флексибилност која погодује интересима и држава домаћина и инвеститора, а ипак је његово функционисање предмет критике. Са друге стране, рад приказује да се одлуке које се у оквиру *ICSID*-а доносе, функционално приближавају судским одлукама. На основу таквих анализа, остаје главна недоумица: ако се доводи у питање систем за решавање спорова попут *ICSID*-а, који функционално преузима карактеристике судског, којим аргументима се може оправдати увођење праве међународне судске институције? Такође, није од мањег значаја ни да ли би судска институција била у складу са особеностима међународног инвестиционог права.

II Кључне карактеристике *ICSID*-а

Отвореност националних економија иностраном тржишту и излагање унутрашњих питања међународном окружењу су тековине модерног времена, које су државе стварале упоредо са развојем сопствених капацитета и бригом о домаћим проблемима. Глобализација је у континуираном процесу модификовала, обликовала и усмеравала развој економских односа на међународној пословној сцени. Актери на интернационалном тржишту су, учешћем у овом процесу, постали и учесници у креирању и обликовању правног оквира у који су смештене њихове пословне активности. Део тог оквира је и систем за решавање спорова, чија су основна обележја прилагођена односима из којих је настао.

Као модел система за решавање спорова који настају поводом страних инвестиција развиле су се арбитраже, које су постале први избор,⁸ односно преовлађујући модел у пословном свету.⁹ Односи у пословном друштву које је никло као продукт глобализације се одликују убрзаношћу, па су као услов *sine qua non* захтевали решавање спорова које ће, пре свега, бити ефикасно. Арбитражни поступак се показао као метод који омогућава балансирање одређених суштинских елемената ефикасности: времена које је потребно да се реши спор, трошко-

8 Susan Franck, „Role of International Arbitrators”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 12/2005, 1.

9 P. Lalive, 1.

ва, коначности донете одлуке; тако да буду у служби пословних интереса страна у спору. Основни концепт на коме је базиран овај поступак је да резултат арбитраже треба да буде одлука, за чије доношење, утрошена средства не превазилазе користи.¹⁰

ICSID је замишљен као систем који треба да ослободи међународне пословне и инвестиционе токове гломазних механизма дипломатске заштите и мреже националних судова. Наиме, ови механизми редовно не укључују искључиво процену стања права инвеститора, већ политичку цену заштите и једностранни национални интерес. *ICSID*, посматрано у овом контексту, уводи ефикасни систем заштите права инвеститора, у коме пословни субјект има могућност директног приступа форуму за решавање спора у коме самостално иступа као равноправна страна. Асиметричан однос је тиме, формално, доведен у баланс, барем што се тиче питања процедуре. *ICSID* је управо и замишљен као деполитизован форум, минималистички пројекат ослобођен идеолошких расправа.¹¹

Да би државе имале интерес да приступе оваквој Конвенцији, поред прокламивних циљева о међународној сарадњи, промоцији инвестиционих токова и развоја, од значаја је и општи концепт: материјална права немају суштински значај ако не постоје механизми за њихову примену, односно, механизми за њихову заштиту. Креирање функционалног система заштите, у том смислу, у складу је са промоцијом инвестирања. Поред тога, *ICSID* Конвенција пружа државама оно што се у литератури назива „пет слојева флексибилности”,¹² који узимају у обзир интерес и специфичан положај суверена у инвестиционим подухватима: 1) чл. 21 ст. 1 *ICSID* Конвенције прописује да је за заснивање надлежности Центра потребна писана сагласност страна у спору; 2) према чл. 25 ст. 4, држава потписница може одлучити да одређене врсте спорова не стави у надлежност Центра; 3) право на покретање спора је признато и држави потписници и инвеститору (чл. 36 ст. 1 *ICSID* Конвенције); 4) држава потписница може захтевати да се исцрпе локална административна или судска средства као услов пристанка на арбитражу (чл. 26 *ICSID* Конвенције) и 5) према чл. 42 *ICSID* Конвенције стране имају право избора права према коме ће се спор ре-

10 Lars A. Markert, „Improving efficiency in investment arbitration”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 4, No. 2/2011, 242.

11 P. Joost, 393.

12 P. Joost, 394.

шити, а ако о томе не постигну сагласност, примениће се право државе потписнице која је страна у спору и одговарајући прописи међународног права.

Током примене Конвенције, показало се да ова флексибилност делује двосмерно, не само у односу према државама, већ и односу према инвеститорима. Није била уобичајена пракса изузимања одређених врста спорова из надлежности *ICSID*-а, нити захтев држава домаћина за исцрпљивањем домаћих правних лекова. Поред тога, државе су редовно, кроз потписивање Билатералних споразума о подстицању и заштити страних улагања (у даљем тексту: БИТ), уговарале *ICSID* као форум за решавање спорова. То практично значи да није потребна додатна сагласност државе за формирање његове надлежности, јер је већ садржана у БИТ-у, па инвеститори могу подносити захтеве у свако доба. Са друге стране, уколико би се државе појављивале као покретачи поступка, морале би да прибаве посебну писану сагласност инвеститора за заснивање надлежности *ICSID*-а.¹³

ICSID Конвенција, као систем за решавање инвестиционих спорова, показивала је тренд универзалне примене. Без мењања самог текста Конвенције, концепт система се мењао тако да погодује захтевима корисника и развојних тенденција у инвестиционим односима. На основу потписаног БИТ-а и у њему изражене сагласности за заснивање надлежности *ICSID*-а, инвеститори су добили могућност да иступају против држава позивајући се на међудржавни споразум (БИТ), без потребе закључивања посебног инвестиционог уговора са државом домаћином. Како се у литератури наводи,¹⁴ таква намера није постојала у време креирања *ICSID* Конвенције, али је током времена постала стандардна пракса. Према томе, инвестициони спорови у оквиру *ICSID*-а воде порекло из инструмента јавног права. Тиме су се претворили у „арбитраже без приватности”.¹⁵

Током времена, правна природа инвестиционих спорова који се износе пред *ICSID* трибунале је промењена. То више није заштита страних инвеститора од експропријације, већ разматрање регулатор-

13 *Ibid.*

14 Charles N. Brower, Shashank P. Kumar, „Investomercial Arbitration: Whence Cometh It? What Is It? Whither Goeth It?”, *ICSID Review*, Vol. 30, No. 1/2015, 44.

15 P. Joost, 401.

них овлашћења државе.¹⁶ Управо ова карактеристика инвестиционих спорова чини окосницу разликовања комерцијалних од инвестиционих арбитража. Природа спорова је опредељена дуалном улогом државе, као стране у инвестиционом споразуму и као суверена са регулаторним моћима. Иако у инвестиционе споразуме улазе на основу *iure gestionis* овлашћења, коришећењем *de iure imperii* ауторитета, изменом своје регулативе, државе могу да промене правни режим инвестиције, ограничавајући или нарушавајући тиме права инвеститора.¹⁷ Кроз одлучивање о нарушавању стандарда третмана инвестиције који су предвиђени БИТ-ом, трибунали неминовно морају да анализирају и регулаторне активности државе. При том, оно што се некад сматрало једним од основних прерогатива суверене власти, а то је уређивање односа на сопственој територији, постаје девалвирано, чињеницом да кроз доказивање да је захтев инвеститора у спору неоснован, државе морају да оправдавају и образлажу мере које предузимају на основу јавних овлашћења.

Водећи се могућношћу да инвеститори покрену спор против државе и то на основу међудржавног споразума, и узимајући у обзир правну природу инвестиционих спорова, односно питања којима се они баве, може се закључити да *ICSID* није ни чисто приватна, нити строго јавна арбитража. Она је пре феномен који комбинује систем за решавање спорова базиран на приватном уговору и систем базиран на међудржавном споразуму, тако да се њихове одлике допуњују, са циљем свођења на минимум политичке ризике и обезбеђивања стабилног, независног и предвидљивог правног режима за прекограничне токове капитала.¹⁸

III Правна природа арбитражне одлуке

Опредељивање за арбитраже као модел за решавање спора је најпре било мотивисано могућношћу да спор решавају арбитражи који су специјализовани за индустријска питања и имају смисла за међународно пословање. Развој међународне економије и сложеност међународних пословних операција, водили су захтеву за софистициранијим механизмима за решавање спорова.¹⁹ Стране у спору захтевају све већу

16 *Ibid.*, 408.

17 C. Brower, S. Kumar, 38.

18 *Ibid.*, 36.

19 S. Franck, 6.

стручност и оптирају за неутрални процес који ће омогућити да исход спора буде правно заснован, а дискреција арбитра везана правилима процедуре и материјалним правом које треба применити на чињенице конкретног случаја.

Арбитраже су од једноставних, ефикасних метода за решавање спорова, чије је формирање и функционисање подређено искључиво странама у спору, еволуирале у комплексне системе. Таква промена у комбинацији са измењеном природом инвестиционих спорова, која приближава арбитраже домену јавног права, основ су за разматрање правне природе донетих одлука у овим поступцима. Постоји неколико теорија које покушавају да дају одговор на ово питање: 1) уговорна теорија, према којој су арбитраже резултат споразума између страна у спору – арбитражна одлука као исход тог споразума је уговор арбитра који су они склопили поступајући као агенти страна у спору; 2) јурисдикциона теорија која функционално изједначава судије и арбитра – арбитра обављају судску функцију, па према томе одлукама које они доносе се мора дати ефекат судских одлука; 3) *sui generis* теорија која покушава да помири претходне две, и према којој арбитража има свој основ у споразуму страна, али кроз њено функционисање усваја одлике судске функције, па је њен исход, односно донета одлука, сличан одлуци суда и 4) аутономна теорија која посматра арбитраже као комплетни систем, према чему арбитражна одлука није исто што и одлука суда, нити се арбитражни споразум може посматрати као било који други уговор; арбитража је заснована на аутономији воља страна, али је одобрена од стране националних система, а аутономију црпе из међународне арбитражне институције.²⁰

Развој арбитража, поготову у оквиру *ICSID* система, у процедури која је подвргнута процедуралним правилима, и у којој је дискреција арбитра везана правом, означава формализацију арбитража и суштински их конципира у метод који се приближава судском начину решавања спорова.²¹ Одлуке које арбитраже доносе се сматрају аналогним судским одлукама, чиме се арбитраже утврђују као значајна алтер-

20 Loukas A. Mistelis, „Award as an Investment: The Value of an Arbitral Award or the Cost of Non-Enforcement”, *ICSID Review*, 28.1, 2013, 68.

21 S. Franck, 6.

натива судском поступку.²² У литератури се описују као „*de facto* и *de jure* судске одлуке са транснационалним ефектом.”²³

Између судског и арбитражног метода за решавање спора се свакако не може ставити знак једнакости. Овлашћења судија и арбитра ра имају другачији основ, ограничења њиховог ауторитета такође, одговорност за функцију коју обављају и одлуке које доносе је другачије конципирана, профилишу се за посао који обављају на потпуно другачији начин. Међутим, теорије о правној природи арбитражних одлука, као и релевантна литература, говоре у прилог томе да се може сматрати да су арбитраже еволуирале у системе које претендују да се функционално изједначе са судским процедурама.

Овакве прокламације немају суштински значај за арбитражни систем решавања спорова, осим ако им се не додели одговарајући практични ефекат. Конкретно, арбитражна одлука би била само инструмент који садржи запис о одлуци арбитра, да не постоји ефикасан механизам њене примене.²⁴ Зато се истиче да су кључни значај и централна замисао приликом креирања *ICSID* Конвенције, садржани у чл. 54 Конвенције.²⁵ Овим чланом је прописано да ће свака држава потписница признати као обавезну одлуку донету на основу ове Конвенције и извршиће на својој територији новчане обавезе одређене том одлуком као да је то коначна пресуда суда те државе. Овим чланом, *ICSID* Конвенција је дала арбитражним одлукама правну снагу и определила правну природу одлуке, као функционалну судску. Са строго правног аспекта, одлука која се може директно извршити је одлука највећег правног ауторитета.²⁶ Тај ауторитет се додатно наглашава још једним нивоом одговорности. Неизвршење одлуке донете у оквиру *ICSID*-а се неће посматрати само као непридржавање обавезе према другој страни у спору, већ и као кршење *ICSID* Конвенције и биће третирано као понашање у супротности са међународно преузетим обавезама према другим државама уговорницама.²⁷

22 L. Mistelis, 67.

23 *Ibid.*, 70.

24 *Ibid.*, 65.

25 A. Broches, 299 и 316.

26 Christian J. Tams, „Is There A Need for an ICSID Appellate Structure?“, *The International Convention for the Settlement of Investment Disputes: Taking Stock After*, Vol. 40/2009, 241.

27 Tsai-Yu Lin, „Systemic Reflections on Argentina’s Non-Compliance with ICSID Arbitral Awards: A New Role of the Annulment Committee at Enforcement?“, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 5, No. 1/2012, 4.

IV Карактеристике међународног инвестиционог права

Међународно инвестиционо право је фрагментирани систем права, који нема ослонац у мултилатералној конвенцији или у универзалној међународној организацији (какав је то случај, рецимо, са Међународним трговинским правом и Светском трговинском организацијом). Напротив, оно је резултат историјских околности и развијало се кроз: процес деколонизације и генералну аверзију неразвијених земаља према страном капиталу током педесетих до седамдесетих година, затим кроз кризу везану за огроман јавни дуг у земљама латинске Америке током осамдесетих година, крај хладног рата, формирање *ICSID*-а, закључивање огромног броја БИТ-ова, аргентински финансијски крах и велики „талас” спорова између држава и инвеститора који су изнети пред *ICSID* од 2000. године надаље. Кроз низ БИТ-ова, формираних међународних институција и арбитража које се баве овом облашћу, инструменте меког права, инвестиционо право се прилагођавало околностима и изграђивало кроз појединачне, одвојене кораке. Сви ови засебни делови чине комплекс који познајемо као Међународно инвестиционо право. То је по природи хибридна творевина између домаћег и међународног, приватног и јавног права. Контроверзно, ова област права функционише као да има сопствену *sui generis* структуру, у чијој основи је кохерентност, која, без обзира на недостатак глобалне контроле и централизованог система, наставља континуитет свог развоја и уређивања читаве једне сфере односа.²⁸

V Закључак

Преиспитавање легитимитета *ICSID*-а, повлачење појединих држава из чланства,²⁹ као и чињеница да бројне државе које су економски значајни чиниоци на међународном тржишту нису приступиле *ICSID*-у³⁰, очигледни су индикатори да усвојена решења у *ICSID* Конвенцији треба анализирати и размотрити могућност њихове измене. Најзад, не треба занемарити могућност да су и односи у међународној заједници ескалирали у правцу који захтева нови приступ у њиховом регулисању. Право је жив механизам који не постоји као самодовољни

28 P. Joost, 386.

29 Еквадор и Боливија, подаци доступни на адреси *ICSID*-а: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx>.

30 Бразил, Канада, Индија, Мексико, Русија, подаци доступни на адреси *ICSID*-а: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx>.

систем, изолован од друштвених прилика. Напротив, он их осликава, оне су предмет његовог деловања. Поготову Међународно инвестиционо право, које није никло као универзални међународни компромис, већ као резултат потребе пословног света, развијајући кроз различите историјске прилике своју контроверзну стихијску организацију.

Механизми за решавање спорова у сфери инвестиционих односа, свакако морају да иду у корак са граном материјалног права чијој заштити служе. Ако се узму у обзир анализирани елементи: да *ICSID* нуди флексибилност, могућност укључивања разматрања јавног интереса (кроз измењену правну природу инвестиционих спорова) и то задржавајући правни ауторитет донетих одлука; може се закључити да структура *ICSID*-а показује својеврстан сензибилитет за основне карактеристике Међународног инвестиционог права. У основи, *ICSID* је арбитража и почива на сагласности страна у спору. На тај начин не претендује да државе у потпуности лиши суверене власти у делу који се тиче решавања спорова. Са друге стране, *ICSID* није класична арбитража која дозвољава странама у спору да имају потпуну контролу над процесом доношења одлука и над исходом спора.³¹ Тиме се балансира однос према страним инвеститорима који су у асиметричном положају. Поред тога, инвеститорима је омогућен директан приступ и покретање процедуре на основу повреде инструмента јавног права (међудржавног споразума). Кроз посебне нивое флексибилности, *ICSID* показује комплексност система, обезбеђујући тиме механизме за адекватно укључивање и разматрање појединачних фрагментираних делова међународног инвестиционог права и конфронтирајућих интереса у њима садржаних. При том, нема одлике лабавог система већ правни ауторитет Центра у оквиру кога се односе одлуке које се функционално изједначавају са судским.

У живим системима који се константно развијају и мењају, не треба претендовати да ствари остају исте. И можда *ICSID* треба мењати. Али, потребна је и доза опреза када је у питању увођење Међународног инвестиционог суда. Заправо, питање је да ли ће то водити у један гломазан систем чије основна структурална идеја није заснована на истим премисама као и Међународно инвестиционо право, које је по природи децентрализовано. Може се разматрати идеја да међународне судије, седећи као функционери сталног тела, могу да допринесу

31 C. Brower, S. Schill, 492.

унификацији, односно дефрагментацији овог дела права. Историја је показала да су такви покушаји били неуспешни. Иако се *ICSID* одазвао позивима за већом транспарентношћу, што је погодовало јачању доктрине о *de facto* прецедентима, ипак *stare decisis* принцип није правило у арбитражном праву. Чињеница је, такође, да БИТ-ови углавном имају стандардизовану садржину, са истим општим принципима и основним начелима којима се уређује третман страних инвеститора. Ипак, развија се нова пракса, да уместо неодређених и декларативних одредби, БИТ-ови садрже прецизне одредбе којима се јасно и једнозначно уређују права и обавезе страна уговорница. Најзад, без обзира на потребу да се уједначи тумачење истих начела и принципа, сваки БИТ је посебан правни инструмент дизајниран да одговара специфичним интересима страна које га закључују. *ICSID* садржи механизме који ту специфичност могу да препознају, а остаје питање да ли ће то бити могуће постићи кроз стандардизовање процедура путем увођења међународне судске институције.

Дух међународног инвестиционог права, каналисан кроз структуру *ICSID*-а и правну снагу донетих одлука, дају снажне аргументе да између суда и арбитраже, избор за решавање међународних инвестиционих спорова и даље треба да буде институционализована и структурирана арбитража.

Kristina ANĐELIĆ

PhD student at the Faculty of Law University of Niš

**INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT
OF INVESTMENT DISPUTES (*ICSID*)
AS A COMPROMISE BETWEEN THE JUDICIAL
PROCEEDINGS AND ARBITRATION**

Summary

Among the available models for settlement of investment disputes, judicial proceedings and arbitration, are perceived as conflicting, given that the courts are the embodiment of the state power, and arbitration means voluntary delegation of sovereignty. The dualism of court proceedings and arbitra-

tion, understood as the antagonistic relationship, gains in importance with the birth of the idea for forming the International Investment Court. On the line between these competing models for the settlement of investment disputes lies ICSID, as a compromise. Display of certain key features of ICSID: level of flexibility built into the ICSID Convention, the legal authority of the awards which functionally operate as court decisions, the hybrid nature of ICSID proceedings and the possibility of adaptation to fragmented international investment law; offers the idea that a structured arbitration such as ICSID, is as an optimal model for the settlement of investment disputes.

Key words: *investment disputes, arbitration, judicial proceeding.*

ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Др Слободан М. МАРКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ИНТЕЛЕКТУАЛНА СВОЈИНА У КЊИГОВОДСТВУ ФАКУЛТЕТА *

Резиме

Опште је познато да правила књиговодства у свету, па и у Србији, нису прилагођена за евидентирање и вредновање нематеријалне имовине, чији кључни део чине права интелектуалне својине. Једна од последица тога је и неадекватна перцепција интелектуалне својине од стране државних органа који контролишу правилност пословања привредних субјеката и државних институција.

Кључна порука рада је да проблеми који из тога проистичу не могу да се решавају притајеном ревизијом права интелектуалне својине, него само одговарајућим прилагођавањем права које регулише књиговодство и порезе.

Кључне речи: *интелектуална својина, факултет, нематеријална својина, књиговодство, ауторски уговор, порез.*

І Уводне напомене

Повод за овај рад је порука Државне ревизорске институције Правном факултету Универзитета у Београду:

„Препоручује се Факултету да утврди над којим је ауторским делима Правни факултет носилац (искључивих или неискључивих) имовинских права, за која ауторска дела су Факултету уступљена имовинска права,

* Овај рад је прилог стратешком пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2016. годину.

која су ауторска дела створена током трајања радног односа, сачини регистар истих и евидентира као нематеријалну имовину Факултета.¹

Поштовање овог, као и свих других, налога субјекту ревизије предмет је продужене контроле Државне ревизорске институције, уз претњу кривичним и прекршајним пријавама против одговорних лица и/или субјекта ревизије.²

Не улазећи у општепознато питање непостојања механизма за заштиту законитости обавезујућих налога које ова институција даје буџетским корисницима који су били предмет контроле, циљ овог рада је да широј стручној јавности предочи одређене проблеме у перцепцији интелектуалне својине на факултетима, и покаже да државна брига за имовину буџетског корисника може да има различите мотиве и ефекте.

Погледаћемо ближе како се формира интелектуална својина на факултетима, који би могао бити смисао њене идентификације и пописивања, и да ли је то целисходно са становишта друштвеног интереса.

II Одакле интелектуална својина на факултетима

За ову прилику поћи ћемо од шире дефиниције интелектуалне својине, која, поред искључивих права на интелектуалним добрима,³ обухвата пословну тајну и правно заштићене интересе у вези с фирмом и/или нерегистрованом ознаком за обележавање робе и услуга.

Највећи део интелектуалне својине на факултетима чини ауторско право. Подсетимо се да ауторско право настаје самим чином настанка ауторског дела, тј. да не постоје било какве формалности за његово конституисање. Предмет тог ауторског права могу бити: (а) ауторска дела створена од стране запослених на факултету, у оквиру њихове радне обавезе; (б) ауторска дела створена од стране запослених на факултету, изван оквира њихове радне обавезе; (в) ауторска дела створена од стране лица која нису запослена на факултету.

1 Препорука бр. 19, Државна ревизорска институција, „Извештај о ревизији завршног рачуна и правилности пословања Правног факултета универзитета у Београду за 2014. Годину“, број 400-417/2015-03/19, октобар 2015, 15 (<http://www.dri.rs/php/document/download/548/1>, фебруар 2016).

2 Евидентно је да је реч „препорука“ еуфемизам за реч „налог“.

3 Мисли се на ауторско и сродна права, патент, жиг, право заштите дизајна и право заштите биљне сорте.

Кад је реч о ауторском делу које запослени створи извршавањем својих обавеза у радном односу, мисли се на све оригиналне интелектуалне творевине које сарадници и наставници факултета стварају извршавајући своје редовне радне дужности. То су предавања, материјали за предавања (цртежи, схеме, слајдови и друге врсте презентације информација), писани и други материјали за вежбе. На тако створена ауторска дела примењује се одредба чл. 98 Закона о ауторском и сродним правима (ЗАСП),⁴ према којој имовинска ауторскоправна овлашћења *ex lege* прелазе на послодавца, и то на конститутиван и искључив начин. Ако уговором о раду није друкчије одређено, послодавац има та овлашћења током пет година од настанка дела. По истеку тог рока, запослени аутор *ex lege* комплетира сва своја ауторскоправна овлашћења и постаје њихов једини носилац.

Са становишта факултета као деривативног носиоца имовинских ауторскоправних овлашћења, ова имовина обухвата огроман број ауторских дела. Тешкоће њиховог евентуалног пописа су вишеструке. Као што је познато, ауторска дела се идентификују путем свог наслова. У овом случају било би неопходно да се сва поменута дела означе јединственим ознакама (насловима), ради идентификације и пописа. Затим, евентуални попис тих дела би се морао ажурирати на дневној основи, јер сваког дана престају имовинска ауторскоправна овлашћења факултета за дела која су настала пре пет година, док за дела која су настала тог дана, ова овлашћења факултета тек почињу.

Кад је реч о делима које запослени сарадник или наставник створи изван својих редовних радних дужности, факултет постаје деривативни носилац имовинских ауторскоправних овлашћења на основу уговора. Притом, могуће је уочити да је факултет понекад наручилац ауторског дела,⁵ а неретко је реч о делу које је аутор начинио из сопствених побуда (као нпр. у случају уџбеника, практикума, водича и сл.).

Околност да је аутор начинио дело по наруџби факултета није довољна да би се сматрало да је факултет постао деривативни носилац имовинских ауторскоправних овлашћења. Неопходно је да између аутора и факултета постоји ауторски уговор, тј. уговор којим аутор тог дела уступа своја одређена имовинска ауторскоправна овлашћења факултету или

4 Службени гласник РС, бр. 104/2009, 99/2011 и 119/2012.

5 Примера ради, то може бити: прилог интерном научном пројекту који се финансира сопственим средствима факултета; израда идејног архитектонског плана или стручно мишљење о одређеном питању, које је факултету наручио неко трећи.

другом лицу. Без тог уговора, факултет је по Закону овлашћен само да захтева од аутора да му преда оригинални примерак ауторског дела, али није овлашћен да то дело и користи, одн. да уступа његово коришћење другоме. Дакле, уговор о наруцби ауторског дела, који не садржи одредбе о уступању имовинских ауторскоправних овлашћења, има правну природу уговора о делу, који је уређен Законом о облигационим односима.

Ова правила важе и за ауторска дела створена од стране лица која нису запослена на факултету. Уколико су та лица ангажована као предавачи, њихова предавања и припремни/ пратећи материјали биће третирани као ауторска дела за која факултет ауторским уговором прибавља одговарајућа имовинска ауторскоправна овлашћења. Ако су, пак, та лица учесници у пројектима или су аутори уџбеника или других књижевних дела, факултет од њих, опет путем ауторског уговора, прибавља одговарајућа имовинска ауторскоправна овлашћења.

Кад је реч о учешћу факултета на пројекту Министарства просвете, науке и технолошког развоја, који се финансира средствима из државног буџета, примену налази одредба чл.107а Закона о научноистраживачкој делатности Републике Србије,⁶ по којој ауторско право на делима насталим извршењем таквог пројекта *ex lege* прелази са аутора на факултет.⁷ На основу систематског тумачења ове одредбе у контексту одредби о промету ауторског права, садржаним у ЗАСП-у, и овде је реч о конститутивном промету на искључив начин. Независно од тога, код оваквих пројеката постоје уговори које Министарство закључује с факултетом, и уговори које факултет закључује са својим истраживачима. Ти уговори, у суштини, пресликавају поменуто законско правило, разрађујући одређене детаље.

Разумљиво је да у свим случајевима где постоји уговор као основ стицања имовинских ауторскоправних овлашћења, сачињавање евентуалног факултетског регистра права бива знатно олакшано. Уз то, количина ауторских дела која би била обухваћена овим регистром мања је од ко-

6 Службени гласник РС, бр. 110/05 и 50/06 - исправка.

7 „Резултати истраживања који су настали из програма и пројеката који су финансирани средствима из буџета Републике Србије, припадају реализатору истраживања, односно организацији из члана 30. овог закона (у даљем тексту: реализатор истраживања).

Резултати истраживања из става 1. овог члана обухватају сва материјална и нематеријална добра која су проистекла из програма и пројеката који су финансирани средствима из буџета Републике Србије.“

личине ауторских дела која се генеришу сваки дан кроз испуњавање редовних радних дужности запослених на факултету.

На техничким факултетима се, поред ауторског права као облика интелектуалне својине, појављују и патенти, као и права из пријаве патента. Реч је о искључивим правима којима се штите резултати техничког стваралаштва, тачније, проналасци. Подсетимо се да се проналасци штите у строго формалном управном поступку пред Заводом за интелектуалну својину, који започиње подношењем пријаве патента, а окончава се уписом патента у регистар патената.

Факултет може постати носилац овог облика интелектуалне својине ако је проналазач запослен на том факултету, те примену налазе одредбе чл. 58 и 59 Закона о патентима Републике Србије (ЗОП).⁸ Према тим одредбама, факултет ће *ex lege* бити носилац права на патентну заштиту ако је запослени дошао до проналаска извршавајући своје редовне радне дужности. Ако је, пак, запослени дошао до проналаска делујући изван својих радних дужности, али у оквиру делатности послодавца, факултет ће *ex lege* постати носилац искључиве лиценце на проналаску који је патентирао запослени проналазач.

Кад је реч о проналасцима до којих се дошло на факултету у оквиру истраживања финансираних средствима из државног буџета, према одредби чл. 1076 Закона о научноистраживачкој делатности Републике Србије право на патентну заштиту припада факултету.⁹

Није тешко закључити да је на факултету најлакше водити регистар патената и права из пријаве патента. Ово зато што је тих права релативно мало и што су она у евиденцији Завода за интелектуалну својину Републике Србије, те их је могуће идентификовати једноставним увидом у одговарајућу електронску базу података Завода.

8 Службени гласник РС, бр. 99/2011.

9 „Када је резултат истраживања финансиран средствима из буџета Републике Србије, у виду проналаска (патент и мали патент), право на заштиту проналаска, односно право на стицање патента и малог патента има организација из члана 11. овог закона као реализатор истраживања, а истраживач као проналазач има право да у том својству буде наведен у пријави за признавање патента, списима, регистрима, исправама и публикацијама о проналаску.“

III Ауторски уговор као симулација уговора о делу или уговора о раду?

Ово је питање које посебно интригира пореске органе, па самим тим и Државну ревизорску институцију. Његова оправданост проистиче из чињенице да исплате хонорара на основу ауторског уговора имају нешто повољнији порески третман од исплата на основу уговора о делу и уговора о раду, што мотивише пореске обвезнике да у свом пословању фаворизују ауторски уговор, где год је то могуће. Да ли је таква пракса незаконита?

Она је несумњиво незаконита у оним случајевима у којима се резултат нечјег дела или рада приказује као ауторско дело, а да нису испуњени законски услови за то.¹⁰ Једноставно речено, ако нема ауторског дела, не може бити ни ауторског уговора. Сама чињеница, пак, да је дошло до настанка ауторског дела још увек не значи да има и ауторског уговора.

Насупрот томе, нема незаконитости у случају кад резултат нечјег рада или дела има карактер интелектуалне творевине која, према Закону, испуњава услове да се сматра ауторским делом, па самим тим активира настанак ауторског права у субјекту свог творца – аутора, који своја имовинскоправна овлашћења уговором уступи другоме. Зашто је то тако?

По нашем мишљењу, уговор о раду/делу и ауторски уговор уређују присвајање економске вредности која је настала индивидуалним радом. Послодавац/ наручилац је на основу уговора власник резултата рада запосленог/ посленика. Међутим, ЗАСП и ЗОП предвиђају посебан привилегован режим присвајања економске вредности рада запосленог/ посленика кад је резултат његовог рада ауторско дело. Другим речима, послодавац није „власник“ таквог ауторског дела, него је то аутор. Институционални аранжман на пољу пореског права, који је комплементаран овој привилегији, јесте повољнији порески третман ауторске накнаде од накнаде за рад или накнаде за обављен конкретан посао.

Већ те две чињенице указују на постојање одређених правнополитичких разлога због којих се режим стварања и коришћења ауторских дела издваја из корпуса прописа који уређују уговор о раду и уговор о делу. Иако овде можемо комотно заобићи расправу о поменутиим правнополитичким разлозима, јер она није одлучујућа за примену позитивног права, ипак ћемо се осврнути на њих. Дакле, прописујући ауторскоправну за-

10 Види чл. 2 ЗАСП-а и Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд 2013, 36-39.

штиту, законодавац следи правнополитичку идеју стварања стимулативног правноекономског амбијента за креирање и коришћење ауторских дела са циљем подстицања ауторског стваралаштва као једне од претпоставки друштвеног развоја. Један аспект тог стимулативног амбијента је повољнији порески третман уговора којима се уговара ауторска накнада за уступање ауторског права, на основу чега аутор може очекивати већу нето накнаду од оне коју би добио на основу уговора о делу/раду.

Пођимо сад од примера факултета који има потребу да ангажује спољно лице за држање предавања на одређеном предмету у одређеном периоду. Питање је да ли такав ангажман може бити у облику уговора о раду (привременом вршењу послова) или у облику ауторског уговора. По нашем мишљењу, околност да запослени на факултету држе предавања у оквиру своје радне обавезе, никако не води закључку да спољно лице мора закључити уговор о раду. Предавања су у сваком случају врста ауторског дела, те законодавац третира њихово присвајање на специјалан начин чак и кад запослени аутор прима за њих плату, а не ауторски хонорар. Ако је, пак, реч о лицу које није у радном односу на факултету, ЗАСП каже да се присвајање економске вредности његовог ауторског дела регулише ауторским уговором. Сам чин држања предавања у јавним просторима факултета представља радњу коришћења тог предавања (као ауторског дела) од стране факултета (као корисника ауторског дела). Да би тај однос између аутора (предавача) и корисника дела (факултета), који нису повезани радним односом, био регулисан, потребно је да постоји ауторски уговор којим предавач уступа своја одређена имовинска ауторскоправна овлашћења факултету, а факултет се обавезује да му за то плати ауторску накнаду.

Ово, по нашем мишљењу, једино исправно тумачење позитивног права покушава се у разним налазима пореске управе, Државне ревизорске институције, па и судова компромитовати указивањем на недостатке у самим ауторским уговорима које факултет закључује са спољним сарадницима. Некад су ти недостаци доиста озбиљни и тичу се битних елемената уговора. Међутим, ако ауторско дело постоји и ако је факултет користио или још увек користи то дело, за шта је платио или плаћа ауторску накнаду, и ако је према ЗАСП-у ауторски уговор адекватан за регулисање конкретног правног односа, поменути недостаци у ауторском уговору не смеју се тумачити као индикатор покушаја симулације тог уговора ради умањења пореске обавезе. Наиме, мањкавост, па и неважност тог конкретног уговора не одузима исплаћеном новцу карактер ауторске на-

кнаде, као што ни неважност уговора о раду не одузима исплаћеној плати карактер плате, за потребе утврђивања пореза на ту исплату.

Штавише, ако би се у горњем примеру пошло од тога да је у питању симуловани ауторски уговор, а да је уговор о раду/ делу дисимуловани уговор, факултет не само да би био у неповољнијем пореском положају, него би, теоријски гледано, био увучен у повреду ауторског права на предавањима која је одржало спољно лице. Толико одступање логике пореског права од логике грађанског права у једном правном систему ипак није нормална ствар.

Недостаци у ауторском уговору могу бити и техничке природе, што свакако не утиче на валидност уговора. Такав недостатак је, на пример, изостанак изричитог наслова ауторског дела у уговору. Наслов је само један (али најчешћи) начин индивидуализације ауторског дела. Да је реч о техничком помагалу, најбоље се види на примеру ауторског уговора којим се уступају имовинска ауторскоправна овлашћења на делу које тек треба да настане. Типичан пример је уговор о филмском делу, који се закључује пре снимања филма. Какав год да се одреди наслов будућег филма, дело заправо није индивидуализовано, јер није ни настало, нити се зна тачно какво ће оно бити. Аутор, уосталом, има право и да не одреди наслов свом делу. Стога, наслов или било каква друга ознака у ауторском уговору служи *одредивости* дела о којем је реч. Отуда, за потребе ауторског уговорног права довољан је и описни начин одређивања ауторског дела, као нпр. прилог пројекту А, предавања из предмета Б и сл. Условљавање важности ауторског уговора навођењем наслова дела у уговору, довело би до апсурдне последице да истраживач не може отпочети учешће на одређеном дугорочнијем пројекту у којем има обавезу да изрази неколико чланака, ако унапред не зна како ће се ти чланци звати.

IV Интелектуална својина факултета, која се не помиње

У контексту права интелектуалне својине, име „Правни факултет Универзитета у Београду“ представља знак разликовања, којим ова институција означава услуге високог образовања и научног истраживања, у циљу њиховог разликовања од истоврсних услуга других субјеката. За ову прилику оставићемо на страну питање да ли тај знак разликовања представља фирму, ознаку заштићену жигом или ознаку која није заштићена жигом. Ово стога што он у сваком случају врши своје функције из уџбеника: индивидуализација у циљу разликовања услуга једног субјекта од истоврсних услуга другог субјекта, указивање на порекло услуге, га-

ранција квалитета услуге и рекламирање услуге.¹¹ Из околности да на територији Републике Србије ниједан други субјект у области образовања не може користити назив „Правни факултет Универзитета у Београду“, можемо закључити да је он део интелектуалне својине правног лица које послује под тим називом.

Без намере да покушамо било какву економску квантификацију овог облика интелектуалне својине Факултета, сматрамо да је већ на интуитивном нивоу очигледно да њена вредност надилази вредност све остале интелектуалне својине на коју Државна ревизорска институција указује. Основ те вредности је у чињеници да назив „Правни факултет Универзитета у Београду“ асоцира на институцију са традицијом од преко двеста година, чија историја документује завидне резултате на пољу правног образовања и правне науке. У комбинацији са традицијом и репутацијом Универзитета у Београду као једног од 2% врхунских универзитета на свету према тзв. Шангајској листи, назив „Правни факултет Универзитета у Београду“ представља јако упориште повољног конкурентског положаја институције која носи тај назив, на прилично засићеном тржишту услуга високог образовања Србије и региона.

Упркос оправдане бриге за нематеријалну имовину државне установе, међутим, високи реноме знака разликовања „Правни факултет Универзитета у Београду“ није препознат као његова највреднија интелектуална својина, што индикује извесну произвољност, односно недоследност у тој кризи.

V Интелектуална својина у књиговодству

Као што је познато, функција књиговодства је да евидентира сву имовину одређеног субјекта, као и све промене на њој, како би се: могла одредити вредност те имовине у одређеном тренутку; проценити успешност пословања у одређеном периоду; могло планирати пословање у наредном периоду; обезбедили подаци који омогућују државну контролу пословања.

Разумљиво је да су правила књиговодства превасходно прилагођена евидентирању ствари (тзв. материјалне имовине), односно праћењу пословних промена које се одвијају на основу уговора о промету робе и услуга. Почетак епохе информационог друштва увео је категорију нематеријалног (интелектуалног) добра у ред привредних ресурса који су по

11 Детаљније у С. Марковић, Д. Поповић, 140-142.

својој вредности већ надмашили материјалну имовину најуспешнијих светских компанија.¹² Отуда и потреба за адекватним књиговодственим третманом нематеријалне имовине. Чињеницу да су императивна књиговодствена правила о томе у рудиментарном стадијуму могла би се на први поглед протумачити као парадокс нашег доба. Ипак, кад се ствар погледа мало пажљивије, није тако.

Наиме, далеко највећи број привредних субјеката на свету и даље послује ослањајући се искључиво на материјалну имовину и традиционалне трансакције с робом и услугама. Истовремено, за потребе државне контроле правилности пословања, која се углавном своди на спречавање пореске евазије, класично књиговодство је довољно.

Зато се поставља питање коме и због чега су потребна књиговодствена правила која би нематеријалну имовину и њену вредност учинила видљивом. То је потребно оним привредним субјектима код којих је нематеријална имовина значајан део вредности укупне имовине, а ради *сопственог* позиционирања у пословним круговима. Пре свега, то су компаније које: пролазе кроз статусне промене у процесу концентрације капитала (нпр. спајање, куповина компаније); имају потребе да привуку инвеститоре или зајмодавце; имају потребу да дефинишу пословну политику у односу на иновације, и да прате ефикасност својих улагања у иновације.

Од међународних стандарда у овој области, које уважава и домаћи Закон о рачуноводству,¹³ постоје Међународни књиговодствени стандарди¹⁴ и Међународни стандарди финансијског извештавања.¹⁵ Ту су још и Међународни стандарди валуације,¹⁶ који су такође од значаја за примену

12 На основу података америчког S&P 500 индекса акција, који прати и пондерише податке о пословању 500 великих америчких компанија, може се пратити постепени пораст учешћа вредности нематеријалне имовине у вредности тих компанија: 1975 – 17%; 1985 – 32%; 1995 – 68%; 2005 – 80%; 2015 – 84%. Види Ocean Tomo Intellectual Capital Merchant Banc Firm, Annual Study of Intangible Asset Market Value from Ocean Tomo (<http://www.oceantomo.com/2015/03/04/2015-intangible-asset-market-value-study/>), приступ фебруара 2015).

13 Види чл. 2, тач.4, 5 и 7 Закона о рачуноводству Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 62/2013).

14 International Accounting Standards (<http://www.iasplus.com/en/standards/ias>), приступ фебруара 2016).

15 International Financial Reporting Standards (<http://www.ifrs.org/Pages/default.aspx>), приступ фебруара 2016).

16 International Valuation Standards (<https://www.ivsc.org/>), приступ фебруара 2016).

јединствених критеријума приликом процене вредности материјалне и нематеријалне имовине.

У књиговодству најдуже позната категорија нематеријалне имовине је *goodwill*. Првобитно, то је била имовина која се добије кад се од тржишне вредности компаније одузме вредност њене материјалне имовине. Реч је, дакле, о појму који је обухватао не само оно што данас зове-мо правима интелектуалне својине, већ и све остало што је нематеријалне природе, а има вредност (нпр. репутација, пословна тајна, ефикасна организациона структура компаније и сл.).¹⁷ Данас је *goodwill* у књиговодству углавном „спао“ на резидуалну категорију која обухвата оно што се добије кад се од укупне нематеријалне имовине одузме све што је обухваћено појмом права интелектуалне својине.

За саму видљивост нематеријалне имовине у књиговодству, најбитнији је Међународни књиговодствени стандард бр. 38 из 1978., а последњи пут ревидиран 2004. године.

Према том стандарду, нематеријална имовина (енгл. – *intangible asset*) је неновчана имовина без физичке супстанце. То је ресурс којим компанија управља као последицом догађаја у прошлости (нпр. набавке или креације унутар компаније) из којег (ресурса) се очекују будуће економске користи (прилив готовине или друге имовине). Према томе, три су битна атрибута нематеријалне имовине: (а) може се идентификовати, (б) може се њиме управљати, и (в) може донети будућу економску корист. Кад је реч о атрибуту под (в), не може се признати као нематеријална имовина онај ресурс: (аа) за који није вероватно да ће донети будућу економску корист и (бб) чији трошак набавке/стварања није могуће поуздано утврдити. Притом, услов вероватноће будуће економске користи се увек сматра задовољеним кад је ресурс набављен било засебно, било у оквиру „пословне комбинације“ (спајања или куповине компаније).¹⁸

Исти стандард, даље, прописује да се вредност нематеријалне имовине иницијално утврђује према цени коштања, што значи према трошку

17 У том значењу овај појам се и данас користи у Међународном стандарду финансијског извештавања бр. 3 из 2008., који се односи на „пословне комбинације“, тј. трансакције у којима долази спајања или куповине компанија.

18 Овде је дат сажетак објашњења стандарда. Цео текст види на <http://www.iasplus.com/en/standards/ias/ias38>. Као примери нематеријалне имовине наведени су не само патенти, жигови, рачунарски програми, базе података, пословне тајне, аудио-визуални материјали, него и листе клијената, увозне квоте, везе с клијентима и снабдевачима.

набавке од другог лица, односно према трошку за његово стварање унутар компаније.

Враћајући се сад на наше питање о књиговодственом евидентирању интелектуалне својине на факултетима, можемо да констатујемо неколико важних ствари.

Прво, интелектуална својина, конкретно ауторска права на делима које запослени створе извршавањем својих радних дужности, не испуњава услове за признање као нематеријална имовина, јер се она не могу идентификовати и јер није вероватно да ће донети будућу економску корист факултету.

Друго, интелектуална својина која је набављена и плаћена на основу уговора, представља нематеријалну имовину факултета јер су испуњени услови идентификације, управљања и вероватноће доношења будуће користи. Притом, овде се не ради о томе да ли је реална могућност да овај ресурс донесе будућу економску корист, него се ради о томе да се сматра да је тај услов испуњен увек кад је односни ресурс набављен споља, па самим тим и плаћен.

Треће, интелектуална својина која је набављена и плаћена на основу уговора књиговодствено вреди, у иницијалној фази, онолико колико је факултет платио за њену набавку. Конкретно, мисли се на ауторску накнаду за прибављање права интелектуалне својине.

Четврто, факултети који постају носиоци интелектуалне својине у виду патента на проналаску који је развијен на факултету, имају обавезу да је евидентирају у свом књиговодству будући да се она може идентификовати. Притом, у иницијалној фази, вредност те имовине (патента) је у висини трошка за истраживање, развој и правну заштиту проналаска.

Из изложеног се лако могу наслутити дефекти и недоследности у књиговодственом третману интелектуалне својине. Најважније је, можда, то што Међународни књиговодствени стандард бр. 38 не даје основ за евидентирање жига за сопствену робну марку (енгл. – *internally generated brand*). Тако нпр. компанија *Coca Cola* не може према том стандарду да прикаже свој жиг као нематеријалну имовину, иако је очигледно да он представља највећу вредност компаније.¹⁹ Такође, искључива оријентација ка трошковном методу одређивања вредности нематеријалне имовине лишава динамичну иновативну компанију могућности да искаже

19 Реч је о износу од 34,18 милијарди долара (<http://www.statista.com/statistics/264875/brand-value-of-the-25-most-valuable-brands/>, приступ фебруара 2016).

вредност своје интелектуалне својине кроз процену величине будуће економске користи од ње. То је у најмању руку контрадикторно базичној представи о интелектуалној својини као имовини у информационом друштву. На пример, патент за проналазак одређеног лека, према поменутом стандарду, вреди онолико колико је утрошено за истраживање, развој и заштиту тог проналаска, без обзира на чињеницу да се на тржишту његова вредност равна према процени прихода који он може да обезбеди свом титулару.²⁰ Додуше, код акционарских друштава чије акције се котирају на берзи овај проблем је саниран околношћу да тржиште препознаје вредност нематеријалне имовине друштва, што омогућује њену тржишну реevaluацију. Код осталих субјеката, посебно државних установа као што су факултети, ова могућност не постоји.

Конечно, из књиговодствене терминологије која се односи на нематеријалну имовину видљиво је да концепт права интелектуалне својине није добро схваћен. Наиме, као предмети те имовине набрајају се у неким случајевима нематеријална добра (нпр. компјутерски софтвер, књижевна и уметничка дела), а у неким случајевима права на тим добрима (нпр. патенти).²¹ Тако се замагљује одговор на базично питање: шта је то што има економску вредност – нематеријално добро или искључиво право на коришћење тог добра. Економска теорија каже да је нематеријално добро јавно добро, што значи да је неривалско и неисључиво у потрошњи, те да не може *per se* имати економску вредност. Оно може генерисати економску вредност само кроз одређени облик искључивости у потрошњи, што значи тек ако је заштићено одређеним искључивим правом интелектуалне својине (укључујући и заштиту правног интереса путем права сузбијања нелојалне конкуренције) или је предмет пословне тајне. Отуда, било би исправно да се као нематеријална имовина приказују права интелектуалне својине (ауторско право, патент, право заштите дизај-

20 Овај проблем је успутни предмет уређивања у Међународном стандарду финансијског извештавања бр.3 из 2004, ревидираном 2008, који се односи на тзв. пословне комбинације, тј. трансакције у којима долази до спајања или куповине компаније. Приликом исказивања вредности нематеријалне имовине стандард прописује обавезу исказивања правичне вредности (енгл. – *fair value*), која дакако није заснована на трошковном, него на приносном методу процене.

21 Види Правилник о стандардном класификационом оквиру и контном плану за буџетски систем (*Службени гласник РС*, бр. 103/11, 10/12, 18/12, 95/12, 99/12, 22/13, 48/13, 61/13, 63/13 - исправка, 106/13, 120/13, 20/14, 64/14, 81/14, 117/14, 128/14, 131/14 и 32/15) и Правилник о контном оквиру и садржини рачуна у контном оквиру за привредна друштва, задруге и предузетнике (*Службени гласник РС*, бр. 95/14).

на, право заштите биљне сорте, право овлашћеног корисника ознаке географског порекла итд.), друга права (нпр. увозне квоте), пословна тајна (технологија и друге информације) и резидуални *goodwill* (пословни углед, репутација).

У Србији је тренутно ситуација таква да се лиценца софтвера (тачније, ауторско право на коришћење софтвера) књижи као софтвер, непатентирана технологија развијена унутар компаније књижи се као трошак за развој, а под контном ставком „књижевна и уметничка дела“ књиже се слике, скулптуре и књиге као материјализовани примерци ауторских дела (иако су то предмети материјалне имовине – ствари у грађанскоправном смислу речи). На овај начин књиговодственог евидентирања нематеријалне имовине нема примедбе ни Државна ревизорска институција, што значи да је то актуелно стање ствари у перцепцији тзв. нематеријалне имовине субјекта књиговодства.

VI Закључне напомене

Евидентно је да важећи књиговодствени систем није адекватан за приказивање интелектуалне својине као дела нематеријалне имовине привредног субјекта. Оним субјектима који своју конкурентску предност на тржишту, па тиме и своју укупну вредност, заснивају на интелектуалној својини коју поседују, императивно књиговодствено извештавање је од мале помоћи да објективно информишу своје стварне и потенцијалне стратешке партнере, инвеститоре, банке и остале о правој природи и успешности свог пословања. Ови субјекти морају прибећи изради „приватних“ књиговодствених извештаја који ће се бавити само евидентирањем и проценом вредности нематеријалне имовине.²² Ти извештаји су, наравно, ирелевантни за државне органе који контролишу правилност пословања, али су суштински важни за позиционирање односног субјекта у пословном окружењу.

22 То је, заправо, препорука која се из Светске организације за интелектуалну својину (World Intellectual Property Organization – WIPO) упућује компанијама које се у свом пословању ослањају на интелектуалну својину. Види *Roya Ghafele*, „Getting a Grip on Accounting and Intellectual Property“, WIPO (http://www.wipo.int/sme/en/documents/ip_accounting_fulltext.html, *присутан фебруара 2016*) и *Guriqbal Singh Jaiya*, „Accounting and Valuation of Intellectual Property (IP) Assets: Importance, Methods and Challenges“, WIPO (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_tlv_05/wipo_smes_tlv_05_www_54895.ppt, *присутан фебруара 2016*).

Они субјекти, пак, чије пословање не зависи од будућих прихода које ће им донети нематеријална имовина, посебно државне установе чија слобода пословања је вишеструко ограничена (нпр. факултети), добијају обавезу да се исцрпљују у бесмисленом административном послу минуциозног пописивања своје интелектуалне својине. Његова бесмисленост се заснива на примени трошковног метода одређивања вредности те имовине, чиме се ствара слика да је субјект у поседу имовине која вреди колико и збир свих ауторских и других накнада које су плаћене за њено прибављање. У тржишној реалности, међутим, вредност те имовине, по правилу, не постоји. Другим речима, она је, по правилу, амортизована једнократним чином коришћења предмета права интелектуалне својине, ради којег је и прибављена. Конкретизујући ствар на примеру Правног факултета Универзитета у Београду, потребно је, дакле, водити евиденцију свих ауторских дела за која је Факултет прибавио одређена имовинска ауторскоправна овлашћења, уписивати њихову „набавну“ вредност, а затим евидентирати њихову амортизацију у наредном периоду. Овај егзерцир је, очигледно, сам себи сврха, јер не говори ништа релевантно о вредности имовине Факултета и њеним променама.

Ово ревизори могу сматрати крунским доказом да је трошење новца на наручивање ауторских дела и прибављање имовинских ауторскоправних овлашћења на та дела само симулација којом се прикрива накнада за рад (плата) аутора. Тај „доказ“ је, међутим, изведен из погрешне премисе да су књиговодствена или тржишна вредност одређене интелектуалне творевине фактори оцене да се та творевина сматра предметом заштите у праву интелектуалне својине. Напротив, једина исправна логика ствари је следећа: (а) ауторско дело је заштићено ауторским правом, а проналазак је заштићен патентом ако су испуњени услови из закона који регулишу интелектуалну својину; (б) промет интелектуалне својине је такође уређен законима који регулишу интелектуалну својину; (в) ауторски уговори, у конкретном случају, нису покриће за фиктивна коришћења ауторских дела, јер факултет та дела уистину сам користи или допушта другима коришћење (најчешће издавање дела); (г) у тим трансакцијама аутору према закону припада ауторска накнада, а не плата.

Пречесто губљење из вида да је *ratio legis* ауторскоправне заштите повезан са идејом стимулисања интелектуалног стваралачког рада као кључног за друштвени напредак, најалост, личи на необјављени „тихи рат“ државе против те идеје. Ако држава стоји иза вредности ради којих води тај „рат“, верујем да би било исправније да (ако може) законом из-

једначи порески третман плате и ауторског хонорара, уместо што настоји да кроз књиговодствено-ревизорску праксу извитопери правила заштите интелектуалне својине, иза којих данас стоји сав цивилизовани свет.

Slobodan MARKOVIC, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

ACCOUNTING INTELLECTUAL PROPERTY AT FACULTIES

Summary

It is generally known that the accounting rules in the world, including Serbia, are not adequate for recording and evaluation of intangible assets, which are mostly made up of intellectual property rights. One consequence of this is the inaccurate perception of intellectual property rights by state authorities that control the regularity of business operations of companies and government institutions.

The key message of this paper is that the problems resulting from it cannot be solved by latent revision of intellectual property rights, but only by an appropriate adjustment of the law regulating accounting and taxes.

Key words: *intellectual property, faculty, immaterial asset, accounting, copyright contract, taxes.*

др Божин ВЛАШКОВИЋ

редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

О ЗАБРАНИ РЕГИСТРАЦИЈЕ ОЗНАКА КОЈЕ СУ ПОСТАЛЕ УОБИЧАЈЕНЕ У СВАКОДНЕВНОМ ГОВОРУ ИЛИ У ДОБРИМ И СТАЛНИМ ПОСЛОВНИМ ОБИЧАЈИМА

Резиме

Забрана регистрације ознака које су постале уобичајене у свакодневном говору или у добрим и сталним пословним обичајима је у пракси немачког Савезног патентног суда тумачена екстензивно, па се нису могле регистровати ни речи које се у меродавним потрошачким круговима схватају само као општи похвални искази, иако нису у конкретној вези са пријављеним производима. Овакву праксу није прихватио ни Савезни врховни суд Немачке, ни Европски суд правде.

Кључне речи: *ознака врсте, конкретна веза између ознаке и производа, рекламирање, функција означавања порекла, конотација, просечни потрошач.*

І Увод

У праву жига предвиђен је већи број случајева у којима се ознака не може регистровати, тј. заштити жигом. Реч је о забранама регистрације које су различите по својој природи и циљевима. У том контексту, посебну пажњу изазивају недистинктивне ознаке, описујуће ознаке и ознаке које су постале уобичајене у свакодневном говору или у добрим и сталним прометним обичајима. Забраном регистрације ових ознака одсликавају се супротстављени интереси учесника у промету у вези са слободним коришћењем ознака за обележавање сопствених производа. Међутим, њихова заједничка карактеристика је да могу бити отклоњене наметањем ознаке у промету.

Историјски посматрано наведене одредбе су биле формулисане на различите начине, што је, поред осталог, било детерминисано и општом

концепцијом која је у њиховој основи. На пример, према чл. 4, ст. 1. немачког Закона о обележавању производа из 1936. године из регистрације су биле искључене слободне ознаке, а према чл. 4, ст. 2. истог закона биле су искључене и ознаке које нису дистинктивне. По становишту које је било заступано у тадашњој немачкој правној теорији слободним ознакама сматрале су се оне ознаке које су изворно биле дистинктивне, али су ту особину временом изгубиле, јер их је велики број предузећа, која нису ни правно, ни привредно повезана, користио за одређене производе или групе производа.

Према важећем немачком Закону о жиговима чл. 8, ст. 2, бр. 1, из регистрације су искључене ознаке које нису дистинктивне, а према чл. 8, ст. 2, бр. 3, из регистрације су искључени и жигови које се искључиво састоје из ознака или података који су уобичајени у говору или постојаним и поштеним прометним обичајима. У формулацији закона није употребљен ни појам слободних ознака, ни појам ознаке рода. Према образложењу закона ознаке рода су само ознаке у општој језичкој употреби. Међутим, ознаке које су постале уобичајене у промету нису истакнуте као ознаке рода. Другим речима, може се заступати став да су ознаке које су опште уобичајене у језику ознаке рода у ширем смислу, а да су ознаке рода у ужем смислу оне које су уобичајене у промету.

Предмет рада је забрана регистрације ознака које су постале уобичајене у свакодневном говору и у сталним и постојаним трговачким обичајима. Ова одредба изазвала је бурне полемике у пракси немачких судова, који су у дужем временском периоду заступали потпуно супротна схватања. С обзиром да је реч и о питању које је значајно за хармонизацију права жига њиме се бавио и Европски суд правде.

II Тумачења чл. 8, ст. 2, бр. 3. немачког Закона о жиговима у судској пракси

Ова одредба је тумачена на потпуно супротне начине у пракси Савезног патентног суда Немачке и Савезног врховног суда Немачке. Разлог за такво поступање су разлике у формулацији чл. 8, ст. 2, бр. 3. немачког Закона о жиговима¹ и чл. 3, ст. 1. (д) Прве директиве бр. 89/104/ЕЕЗ од 21. децембра 1988. године за усклађивање закона држава чланица у односу на право жига² (у даљем тексту: Прва Директива). Наиме, чл. 3, ст. 1.

1 *Marken G* - dejure.org, доступно на адреси: dejure.org/gesetze/MarkenG/8.html, 23.1.2016, пар. 8.

2 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, 0001 - 0007. Пропис је кодификован 22. 10.

(д) из регистрације су искључени жигови који се искључиво састоје из ознака или података који су уобичајени у општем говору или у сталним и поштеним прометним обичајима. Међутим, према чл. 8, ст. 2, бр. 3. немачког Закона о жиговима, којим је имплементиран наведени пропис Прве Директиве, из регистрације су искључени жигови који се искључиво састоје из ознака или података који су постали уобичајени у општем говору или у сталним и поштеним прометним обичајима за обележавање производа или услуга.

1. Тумачење чл. 8, ст. 2, бр. 3. немачког Закона о жиговима у пракси Савезног патентног суда Немачке

У пракси немачког Патентног уреда и Савезног патентног суда апсолутне сметње за регистрацију ознака рода тумачене су екстензивно, па се нису могли регистровати ни општи изрази у оквиру привредног говора, када се њима у рекламирању указује на значајне околности у вези са производима или услугама. То значи да се не захтева непосредна повезаност ознаке и производа, као услова за примену анализираних одредбе. На пример, нису регистровани следећи искази: *Compliment* за обућу, *AVANTI* за намештај, *CAPITO* за одевне предмете, *ABSOLUT* за вотку итд. Поред тога, не могу се регистровати ни поздравни облици из страних језика, који су прихваћени у немачком језику и за меродавне потрошачке кругове представљају само исказ којим се побуђује општа пажња. На пример, реч *CIAO* сматрана је неподесном за обележавање дуванских производа.³

Исти став поновљен је и у случају регистрације ознаке *FOR YOU*.⁴ Савезни патентни суд Немачке је сматрао да чл. 8, ст. 2, бр. 3. немачког Закона о жиговима нису обухваћене само ознаке рода, него и опште рекламне препоруке, које су без непосредне и специфичне везе са производима. Другим речима, пропис се примењује и на податке којима се непосредно не описују својства производа или услуга, али који су уобичајени

2008. године (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, 25 – 32). Новом реформом права жига усвојена је и Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *Official Journal L* 336, 23.12.2015, 1–26. С обзиром на циљ овог рада користићемо изворни облик овог прописа.

3 Karl - Heinz Fezer, *Markenrecht*, Auflage 3, München, 2001, 533.

4 Пресуда Савезног патентног суда Немачке од 10.07.1996, 26 W (pat) 90/96: Löschung eines englischen Werbe-slogans „FOR YOU”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 4/1997, 279.

у општем језику или у пословним обичајима у вези са производњом или пласманом пријављених производа, што нарочито важи у случају општих елемената рекламе. Пријављени жиг не поседује никакву конкретну везу са производима, али је ипак подесан да се примени на пријављене производе, као уобичајено рекламно препоручивање. Овакве речи се не могу монополизovati жигом ни онда када се њима конкретно не обележавају захтевани производи или услуге. Заступајући овакав став, Савезни патентни суд Немачке је у случају *Bravo*⁵ обуставио поступак и обратио се Европском суду правде. Наиме, за регистрацију је пријављена реч *Bravo* за обележавање прибора за писање. Немачки патентни уред је одбио регистрацију са образложењем да се пријављена реч у меродавним прометним круговима аутоматски препознаје као узвик одобравања. Меродавни прометни кругови реч сматрају као хваљење и као рекламни шлагворт у вези са пријављеним производима. Такве речи похвале и рекламне речи се не могу заштити жигом, јер нису дистинктивне. Међутим, пре коначног одлучивања, суд је прекинуо поступак и затражио претходно мишљење Европског суда правде, сматрајући да је реч о тумачењу чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве.

Савезни патентни суд је установио да се реч *Bravo* употребљава у Немачкој и у другим европским земљама као изјава одобравања и као похвално истицање за различите производе и услуге, што је нарочито случај у вези са услугама у туризму, интернет презентацијама и слично. Међутим, суд није могао да установи употребу ове речи у вези са прибором за писање. Према дословном тексту чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве за одбијање регистрације довољно је да је реч *Bravo* уобичајена у општем језику или у поштеним и сталним прометним обичајима, при чему није неопходно да се њоме конкретно описује сам производ или услуга.⁶

5 Пресуда Савезног патентног суда Немачке од 20.10.1999, 25 W (pat) 293/98 Werbe-slogans „Bravo“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 5/2000, 424.

6 Савезни патентни суд Немачке се позива и на одлуку „SUPREME“. У овој одлуци је истакнуто: „Према чл. 7, ст. 1. (д) Уредбе о комунитарном жигу за ускраћивање регистрације довољно је да су ознаке или подаци постали уобичајени у општем језику и у постојаним и поштеним обичајима у промету. Није неопходно да се пријављена реч фактички већ користи у промету за одређене производе или услуге. SUPREME значи „са највишим квалитетом“, у „највишој мери“. У промету се ова реч употребљава као податак о квалитету за сваки производ или услугу и њоме се не може изазвати никакав конкретан угасак у односу на пријављене производе. Реч није подобна за регистрацију, јер је постала уобичајена у општем језику и у постојаним и поштеним прометним обичајима.” Вид. *Dritten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt* од 28.7.1998 - R 44/98-3 „SUPREME“, Mitt. 1998, 396). Исти став је, наглашава овај суд, заступан и у одлуци R 122/98-3 „HELLGRÜN“, према којој се наведена одредба, пре

Полазећи од чињенице да није установљена употреба ове речи у вези са прибором за писање, суд сматра да према немачком Закону о жиговима пријављена реч не може бити обухваћена чл. 8, ст. 2. (3), јер се њиме захтева да је пријављена реч постала уобичајена за обележавање производа или услуга за које је пријављена. Међутим, према дословном тексту нејасно је да ли је довољна општа веза према производима или услугама или је неопходна специфична веза према производима и услугама који се захтевају у конкретном случају. Из тог разлога се и поставља питање тумачења овог члана. Наиме, по становишту Савезног патентног суда Немачке у пракси Савезног врховног суда је нејасно да ли ће се ускратити регистрација неке речи, као недистинктивне или описујуће, у случају да се њоме непосредно не описују пријављени производи или услуге, њена примена чисто рекламног карактера се не може доказати за конкретно пријављене производе и услуге, али је уобичајена као хваљење за друге производе или услуге и њена таква примена се такође намеће и за производе на које се односи пријављени жиг.

2. Тумачење чл. 8, ст. 2, бр. 3. немачког Закона о жиговима у пракси Савезног врховног суда Немачке

Изложену рестриктивну праксу регистрације није прихватио Савезни врховни суд Немачке. У закључку „BONUS” суд истиче да се дословни текст чл. 8, ст. 2. немачког Закона о жиговима разликује од чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве по додатом делу, који гласи „за обележавање производа или услуга”.⁷ Према образложењу немачког Закона о жиговима на овај начин је само појашњено да су из регистрације искључене ознаке рода, као и уобичајене ознаке *за одређене производе или услуге*. Међутим, оне се могу регистровати за друге производе и услуге у односу на које не поседују таква својства. При таквом разумевању овог члана нема противречности према Директиви. Наиме, и у Првој Директиви је, као неопходан, садржан одређени смисаони однос између ознаке и производа.

свега, примењује на опште елементе рекламе којима се првенствено побуђује сама пажња, а у мањој мери предочава неки специјални описујући исказ. Конкретна веза са производом или неко описујуће значење при томе није неопходно. Вид. *Dritten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)* од 18.12.1998, R 122/98-3 „HELLGRÜN“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int* 6/1999, 543).

7 Закључак Савезног врховног суда Немачке од 23.10.1997. године, I ZB 18/95 „BONUS“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 6/1998, 465.

Смисао наведеног члана немачког Закона о жиговима ограничава се на искључивање из регистрације оних ознака које су у општој језичкој употреби или су уобичајене у промету за обележавање одређених производа или услуга. При том је реч о недистинктивним слободним ознакама које велики број предузећа користи за обележавање одређених производа и зато оне више немају обележавајући карактер. Поред тога, реч је и о ознакама рода које се не могу регистровати с обзиром на свој описујући карактер. Међутим, ни из немачког Закона о жиговима, ни из Прве Директиве не проистиче да се из регистрације, поред тога, могу искључити и друге речи и појмови општег језика, које су дистинктивне и за које не постоји потреба да остану слободне у промету. Такво шире тумачење не може се заснивати ни на чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве. Чињеница да у овој одредби није изричито наведен однос са пријављеним производима или услугама не значи да таква веза уопште није неопходна. У том смислу Савезни патентни суд наводи као пример да се ознака *Panzer* не може регистровати за возила са погоном на гусенице, јер је реч о ознаци рода, али да се, свакако, може регистровати за обележавање бицикала.⁸ Сходно томе, на основу Прве Директиве се не може закључити да су из регистрације генерално искључене речи и појмови који су уобичајени у промету, а нису ни у каквој вези са производима или услугама, на које се односе, у смислу њиховог обележавања.

Исти став Савезни врховни суд Немачке заступао је и у закључку „YES”.⁹ Суд истиче да се ова забрана регистрације не примењује на податке који садрже опште и уобичајене речи или појмове, који немају никаквих додирних тачака са пријављеним производима у смислу њиховог обележавања.

III Тумачење Европског суда правде

У ранијим излагањима смо истакли да је Савезни патентни суд Немачке прекинуо поступак у случају регистрације жига *Bravo* и обратио се Европском суду правде. Општи правозаступник сматра да је Савезни патентни суд Немачке поставио претходно питање у погледу тумачења чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве, у смислу да ли се наведени члан мора ограничено тумачити тако да су из регистрације искључене само оне ознаке и подаци којима се непосредно описују конкретно пријављени производи или услуге, односно њихове битне особине или обележја; или се пропис мора разумети у смислу да су поред слободних ознака и ознака

8 Исто, тач. 22, 467.

9 Закључак Савезног врховног суда Немачке од 15.7.1999. године, I ZB 16/97 „YES“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 12/1999, 1089.

рода из регистрације, такође, искључене и оне ознаке или подаци који су уобичајени у општој језичкој употреби или у поштеним и сталним прометним обичајима меродавних или поредбених бранши. Овде се, на пример, убрајају рекламне речи, упућивања на квалитет, позиви на куповину и слично, иако се њима непосредно не описују конкретне особине пријављених производа или услуга.

Општи правозаступник *Damaso Ruiz-Jarabo Colomer* сматра да је чл. 3, ст. 1. (б) Прве Директиве прописано да се не могу регистровати жигови који нису дистинктивни, а затим су регулисана два посебна случаја у којима подаци нису дистинктивни.¹⁰ Реч је о описујућим и уобичајеним подацима. Појам дистинктивности је неодређени правни појам, који се у сваком појединачном случају мора одређивати према околностима и њему својственим обележјима. Аргумент за овај закључак заснива се на главној функцији жига, тј. на разликовању производа и услуга једног предузећа од производа или услуга другог. То значи да права титулара жига могу да само толико буду обухватна у мери у којој је то неопходно за испуњење наведеног основног задатка. Разумљиво је да није неопходно да жиг делује према свим ознакама, него само према ознакама којима се може изазвати замена. Оваква констатација логично подразумева да се не могу узети у обзир само међусобно супротстављене ознаке, него и производи који се таквим ознакама обележавају.

На основу наведених аргумената може се закључити да је услов за примену чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве да су ознаке или подаци постали уобичајени у општој језичкој употреби или у поштеним и сталним прометним обичајима у вези са производима и услугама за које је затражена њихова регистрација. Другим речима, услов за примену овог прописа је веза између ознаке и производа и услуга за чије обележавање је пријављена.

Сасвим друго питање је интензитет везе између производа или услуга и ознака и података који су постали уобичајени. То значи да се мора разјаснити да ли ознаке или подаци морају бити уобичајени за непосредно описивање производа или услуга или њихових обележја и битних својстава, или је довољно да су они у некој вези са производима и услугама и какав је облик и природа те везе.

10 Мишљење општег правозаступника *Damaso Ruiz-Jarabo Colomer* поводом спора С 517/99, од 18.1.2001. године, доступно на адреси: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?...en...C-517/99, 27.1. 2016, тач. 48.

Искључивање свих података или ознака, којима се описују производи или услуге на које се односе, регулисано је чл. 3, ст. 1. (ц) Прве Директиве.¹¹ Другим речима, забрана регистрације описујућих ознака и података регулисана је чл. 3, ст. 1. (ц), а не чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве. На основу тога се може закључити да чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве није прописано да се ознакама или подацима, на које се односи наведени члан, непосредно описују конкретни производи или услуге за које је захтевана регистрација жигом. Овим чланом је, наиме, захтевано само да су ознаке у промету постале уобичајене у вези са одговарајућим производима или услугама, а да конкретно није одређено који степен повезаности мора да постоји између ознака и производа.

По мишљењу општег правозаступника, ознаке и подаци нису дистинктивни уколико су постали уобичајени у општој језичкој употреби или у прометним обичајима у односу на одређене производе или услуге, које се евоцирају и враћају у сећање просечног потрошача. Европска Комисија овај процес означава појмом „конотација”. Другим речима, ознака се аутоматски и чак несвесно доводи у везу са производом или услугом која се њоме репрезентује. На пример, ознака *Bravo*, која је у већини језика држава чланица израз одушевљења, може се регистровати за обележавање машина за куцање. Међутим, могуће је да постоји сметња за регистрацију ове ознаке у вези са спортским одевним предметима, јер се наведена реч на том сектору уобичајено употребљава. У пракси Европског патентног уреда наведена реч је још 1999. године регистрована за обележавање дизел мотора.¹²

На основу изложеног, општи правозаступник закључује да је значење чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве ограничено на ознаке или податке који су уобичајени у вези са производима и услугама које се репрезентују жигом, при чему је довољно да просечни потрошач на основу ознаке или податка може да мисли на ове производе и услуге. При том није неопходно да се њима непосредно описују конкретни производи или услуге, за које је захтевана регистрација жигом, као ни њихове особине и битна својства.¹³

11 Божин Влашковић, „Описујуће ознаке и сложенице у поступку регистрације жига”, *Правни живот*, бр. 11/2015, 507.

12 Мишљење општег правозаступника *Damaso Ruiz-Jarabo Colomer* поводом спора С 517/99, од 18.1.2001. године, доступно на адреси: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?...en...C-517/99, 27.1. 2016, тач. 22.

13 Исто, тач. 33.

На постављена питања одговор је дао Европски суд правде у пресуди „Merz -Krell”.¹⁴ Суд је, наиме, истакао да се оцена о дистинктивности ознака или података не може дати апстрактно, без узимања у обзир производа или услуга који би требало да овим ознакама или подацима буду разликовани. Поред тога, суд нарочито указује на чињеницу да се подручја примене чл. 3, ст. 1. (ц) и чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве међусобно преклапају. Међутим, жигови на које се односи чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве нису искључени из регистрације због своје описујуће природе, него због уобичајеног коришћења у прометним круговима у којима се тргује производима и услугама за које је жиг пријављен. Да би ова одредба имала практични значај, њена важност се не може ограничити на жигове којима се описују својства или особине производа и услуга на које се они односе. Међутим, регистрација жигова који се састоје из ознака или података који се иначе користе као рекламни слогани, упућивања на квалитет или подстицаји на куповину производа или услуга на које се жиг односи, није искључена само на основу неке од таквих примена. Ствар је националних судова да у конкретном случају утврде да ли су ове ознаке или подаци постали уобичајени у општем језику или у поштеним и устаљеним прометним обичајима за обележавање производа или услуга на које се жиг односи.

IV Закључак

Ознаке које су у општој употреби у језику и постојаним и поштенним прометним обичајима не могу бити заштићене жигом. Међутим, забрана регистрације је у пракси различито тумачена.

Немачки Савезни патентни суд је забрану тумачио екстензивно, чиме је смањен број ознака које се могу регистровати. Овај суд је сматрао да чланом 8, ст. 2, бр. 3. немачког Закона о жиговима нису обухваћене само ознаке рода, него и опште рекламне препоруке, које су без непосредне и специфичне везе са производима, али које су уобичајене у општем језику или у пословним обичајима, што нарочито важи у случају општих елемената рекламе.

Међутим, по становишту Савезног врховног суда Немачке смисао наведеног члана немачког Закона о жиговима ограничава се на искључивање из регистрације оних ознака које су у општој језичкој употреби или су уобичајене у промету за обележавање одређених производа или услуга. При

14 Пресуда Европског суда правде од 4.10.2001. године, C-517/99: Voraussetzungen für Markeneintragung - Merz & Krell, Bravo, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 12/2001, 1148.

том, је реч о недистинктивним слободним ознакама које велики број предузећа користи за обележавања одређених производа и зато оне више немају обележавајући карактер. Поред тога, реч је и о ознакама рода које се не могу регистровати с обзиром на свој описујући карактер. Међутим, ни из немачког Закона о жиговима, ни из Прве Директиве не проистиче да се из регистрације, поред тога, могу искључити и друге речи и појмови општег језика, које су дистинктивне и за које не постоји потреба да остану слободне у промету. Ова одредба се, такође, не примењује на податке који садрже опште и уобичајене речи или појмове, који немају никаквих додирних тачака са пријављеним производима у смислу њиховог обележавања.

У пракси Европског суда правде значење чл. 3, ст. 1. (д) Прве Директиве ограничено је на ознаке или податке који су уобичајени у вези са производима и услугама које се репрезентују жигом, при чему је довољно да просечни потрошач на основу ознаке или податка може да мисли на ове производе и услуге. При том, није неопходно да се њима непосредно описују конкретни производи или услуге, за које је захтевана регистрација жигом, као ни њихове особине и битна својства.

Božin VLAŠKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

ON PROHIBITION OF REGISTRATION SIGNS WHICH HAVE BECOME CUSTOMARY IN THE CURRENT LANGUAGE OR IN GOOD AND CONSTANT BUSINESS PRACTICES

Summary

The prohibition of registration of designations, which have become customary in the current language or in good and constant business practices, have been interpreted extensively in the practice of the German Federal Patent Court, which is why even the words considered as general laudatory statements in authoritative consumer circles could not be registered, although not being in concrete conjunction with registered products. This practice was not accepted by the Federal Supreme Court of Germany, nor by the European Court of Justice.

Key words: *sign of the class, concrete link between the mark and the product, advertising, the origin function, connotation, the average consumer.*

Др Зоран МИЛАДИНОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПРАВО АУТОРА НА ИЗМЕНУ УГОВОРНИХ ОДРЕДБИ КОЈЕ СЕ ОДНОСЕ НА ВИСИНУ АУТОРСКОГ ХОНОРАРА*

Резиме

Савремени прописи ауторског права признају искључиво право аутору да економски искоришћава своје дело. Право на економско искоришћавање ауторског дела у ауторском праву означава се као имовинско-правна компонента субјективног ауторског права. Како је за поједине облике економског искоришћавања ауторског дела неопходно поседовање материјалних, организационих и техничких услова, аутор објективно није у могућности да сам врши оне радње привредног искоришћавања које су карактеристичне за поједине врсте ауторских дела. Стога, аутор то своје право остварује тако што уступа неко конкретно имовинскоправно овлашћење привредном субјекту који се искоришћавањем ауторских дела бави у виду привредне делатности. Основни правни инструмент путем којег аутор врши уступање својих имовинскоправних овлашћења јесте ауторски уговор. Ауторским уговором уређује се правни однос између аутора и корисника ауторског дела. Ове уговорне стране, од увек су биле а и данас су у фактички неравноправном положају, тако да аутори по правилу прихватају унапред припремљене услове под којима се корисницима уступа овлашћење на искоришћавање ауторског дела, нарочито услове у погледу висине и начина плаћања ауторске накнаде.

Савремени прописи ауторског права не предвиђају да је ауторска накнада битан елемент ауторског уговора, већ се то питање препушта уговорним странама да га уреде ауторским уговором. Као економски јача уговорна страна, корисници ауторских дела углавном одређују висину и начин плаћања ауторске накнаде. Имајући у виду да је у пракси могуће да

* Рад је написан у оквиру пројекта под називом „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

висина уговорене накнаде буде у очигледној несразмери са приходом или добити коју корисник дела оствари искоришћавањем ауторског дела, или да иста уговором уопште не буде предвиђена, ауторско уговорно право предвиђа правни инструмент путем којег аутор може захтевати измену уговора, односно уговорне одредбе која се односи на ауторску накнаду, у циљу повећања уговорене накнаде, односно у циљу уговарања ауторске накнаде у случају када иста уговором није била предвиђена.

Кључне речи: *ауторски уговор, аутор, корисник ауторског дела, ауторска накнада, висина ауторске накнаде.*

І Уводне напомене

Садржину субјективног ауторског права чине личноправна и имовинскоправна овлашћења аутора. Личноправним овлашћењима штите се ауторови лични - идеални интереси, док се имовинскоправним овлашћењима штите економски интереси аутора. Ова овлашћења ауторима гарантована су уставом сваке земље. Такву одредбу садржи и Устав Србије као највиши правни акт наше земље, који у члану 73. прописује да је научно и уметничко стваралаштво слободно и да се ауторима научних и уметничких дела јемче морална и материјална права, у складу са законом.¹ Срж садржине субјективног ауторског права чине искључива – апсолутна овлашћења, било да су у питању личноправна или имовинскоправна овлашћења аутора. Не занемарујући личноправна овлашћења аутора, са аспекта економских интереса аутора, али и са аспекта предмета нашег интересовања у овом раду, окосницу чине његова имовинскоправна овлашћења, односно право аутора на економску корист од искоришћавања ауторског дела. Признајући имовинскоправна овлашћења ауторима, прописи о ауторском праву, укључујући и наш Закон о ауторском и сродним правима,² најпре у форми генералне клаузуле прописују да „аутор има право на економско искоришћавање свог дела, као и дела које је настало прерадом његовог дела, и да за свако искоришћавање ауторског дела од стране другог лица аутору припада накнада ако овим законом или уговором није друкчије одређено“ (чл. 19 ЗАСП), а потом појединим законским одредбама дефинишу и појединачна конкретна искључива имовинскоправна овлашћења аутора, односно поједине радње економског искоришћавања ауторског дела, као што су овлашћење на умножавање, стављање у промет, давање у закуп, извођење, пред-

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

2 Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012.

стављање, емитовање и др. Будући да су поједини облици економског искоришћавања ауторског дела (умножавање, стављање у промет, емитовање, извођење, представљање и др.), заправо облици специјализоване привредне делатности која захтева поседовање организационих, материјалних, техничких и персоналних услова, аутори објективно нису у могућности да се њима баве, односно нису у фактичкој могућности да лично врше поједине радње привредног искоришћавања ауторског дела (нарочито не да емитују, умножавају или представљају своја дела), нити је то њима иманентно. Зато они дају дозволу,³ односно уступају овлашћење на економско искоришћавање ауторског дела корисницима који су специјализовани за поједине облике искоришћавања ауторских дела (издавачким кућама, продуцентима, РТВ станицама, позориштима и другим) да то чине, добијајући за узврат одговарајућу накнаду.⁴ На тај начин, аутори се стављају у позицију да као и сваки други ствараоци присвајају економску корист од резултата свога рада, што им омогућује да се ауторским стваралаштвом баве у виду професије.⁵

Правни основ за економско искоришћавање ауторског дела од стране корисника дела јесте ауторски уговор. Ауторским уговором, аутор или други носилац ауторских права⁶ врши конститутивни промет појединих имовин-

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

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

5 Слободан Марковић, „Ауторско уговорно право - креативност на тржишту“, *Зборник радова драмских уметности*, бр. 2/2007, 360.

6 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. Носилац ауторских права на основу закона је, на пример, лице које је уз сагласност аутора објавило или издало његово ауторско дело али као анонимно или под псеудонимом. Према прописима ауторског права 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 (стицање статуса носиоца ауторских права) 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 ЗАСП, чл. 98, ст. 1. тај рок износи 5 година од дана завршетка дела. Ако је ауторско дело створено у радном односу рачунарски про-

скопавних овлашћења из садржине субјективног ауторског права, уговарајући за узврат одређену накнаду, као противвредност конкретном овлашћењу које је уступио. Путем овог правног механизма остварује се друштвена функција ауторског права, а то је: „награђивање аутора за његов рад, подстицање ауторског стваралаштва, па тиме и културног развоја заједнице“.⁷

За уговорно право уопште карактеристично је да се заснива на принципу једнакости уговорних страна и на аутономији њихове воље. Међутим, овај принцип грађанског уговорног права, у пракси, у ауторском уговорном праву не функционише баш тако. За то постоји више разлога. Пре свега, корисници ауторских дела су по правилу професионални привредни субјекти са неупоредиво већом економском снагом и друштвеним утицајем од аутора. Та чињеница има за последицу да су аутори у неповољнијој преговарачкој позицији, чиме бивају доведени у ситуацију да уступе овлашћење на искоришћавање свог ауторског дела уз било какву накнаду а по некада и без накнаде. Овоме доприноси и чињеница да ауторско дело не може допрети до крајњих конзумента (публике) уколико се привредно не искоришћава, а интерес је аутора да дело саопшти јавности па макар и по цену пристајања на накнаду која је минимална или без било какве накнаде. Поред тога, корисници свих права интелектуалне својине (па и ауторских дела), приликом стицања овлашћења на искоришћавање одређеног предмета заштите, настоје а врло често у томе и успевају да уговором стекну искључиво право економског искоришћавања за одређени временски период и на одређеној територији.⁸ Када се овоме дода технолошки развој у области медија, обједињавање медијских кућа из различитих области културне индустрије (један привредни субјект се бави издаваштвом, емитовањем РТВ програма, музичком продукцијом, интернет услугама и сл.), онда то има за резултат појаву у пракси да аутор закључујући ауторски уговор са једним корисником ауторског дела, заправо њему уступа овлашћење на различите облике искоришћавања ауторског дела, за једнократну, по правилу паушалну накнаду и на неодређено време.

Овом појавом нарочито су погођени тзв. слободни ствараоци, односно аутори који се ауторским стваралаштвом баве изван радног односа. За разлику од њих, аутори који су у радном односу код послодавца чија је делатност стварање и искоришћавање ауторских дела, су у нешто повољнијем положају, будући да је њихов положај добрим делом регулисан и одредбама

грам трајни носилац свих искључивих имовинскоправних овлашћења на делу је послодавац, ако уговором није друкчије одређено (ЗАСП, чл. 91, ст. 2.).

7 Idris Kamil, *Intellectual property a power tool for economic growth*, Geneva, 2003, 158.

8 Душан Поповић, *Искључива права интелектуалне својине*, Београд, 2012, 32.

прописа радног права. Наиме, ови аутори преко својих синдиката и преко колективних уговора могу да издејствују прилично повољнију позицију у погледу висине накнаде за искоришћавање ауторских дела створених извршавањем уговора о раду, док право на економско искоришћавање тако створених ауторских дела углавном припада послодавцу по самом закону, осим ако уговором о раду или актом послодавца није другачије предвиђено.⁹

Имајући све напред речено у виду, прописи ауторског уговорног права предвиђају један квалитетан правни инструмент којим се аутор може штитити од доминације корисника ауторског дела. Реч је о праву аутора да под законом прописаним условима, захтева ревизију одредби ауторског уговора, које се односе на висину ауторског хонорара, у циљу усклађивања исте са приходом, односно добити коју корисник остварује искоришћавањем ауторског дела, односно праву аутора на измену ауторског уговора, како би се предвидела обавеза корисника да аутору плаћа ауторску наканду у случају када ауторским уговором таква обавеза корисника није била предвиђена.

II Ауторска накнада као елемент ауторског уговора

Савремени прописи ауторског права, укључујући и наш актуелни ЗАСП, уговарање плаћања ауторске накнаде препуштају аутономији воље уговорних страна. То значи, да обавеза плаћања ауторске накнаде није више обавезан - битан елемент ауторског уговора, већ зависно од воље уговорних страна, ауторским уговором може бити предвиђена обавеза корисника дела да плати ауторску накнаду за искоришћавање ауторског дела а може бити уговорено да корисник и нема ту обавезу.¹⁰ То није било правило са ранијим прописима ауторског права, укључујући и наше раније законе о ауторском праву, јер су углавном прописивали да је обавеза плаћања ауторске накнаде обавезан - битан елемент ауторског уговора.¹¹ Таква законска решења правдана су заштитом интереса аутора као економски слабије уговорне стране. Показало се међутим у пракси да је на тај начин промашен циљ који су законописци имала на уму и ако су имала добру намеру. Наиме, није се имала у виду чињеница да интереси

9 Вид. ЗАСП, 98-101.

10 Од бивших југословенски република једино је Законом о ауторском и сродним правима БиХ предвиђено да „се пренос ауторских имовинских права увек врши уз накнаду, осим ако се супротно не докаже (ЗАСП, чл. 81, ст. 1, чл. 85, ст. 1.). Закон о ауторском и сродним правима БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 63/10.

11 Закон о ауторском и сродним правима, *Службени лист СРЈ*, број 24/98, чл. 63.

аутора могу бити задовољени и уступањем овлашћења на искоришћавање ауторског дела и без обавезе плаћања ауторске накнаде. Примера ради, аутори врло често имају идеални интерес да се дело учини доступним публици (нарочито они неафирмисани), макар и без икакве економске користи. Тај разлог је некада сасвим довољан да аутор закључи ауторски уговор са корисником ауторског дела без обавеза плаћања ауторске накнаде. Иако би се на први поглед могло закључити да је у том случају у питању добротини уговор, то није случај. Како и у случају искоришћавања ауторског дела без обавезе корисника да аутору плати ауторску накнаду, постоје међусобне обавезе обе уговорне стране,¹² јасно је да је реч о теретном, односно двострано обавезном уговору. У дугогодишњој пракси показало се да прописивање плаћања ауторске накнаде као битног елемента ауторског уговора, није побољшало преговарачку позицију аутора. Насупрот, у неким случајевима је то била и препрека да ауторско дело буде учињено доступним публици којој је намењено, јер су корисници ауторског дела избегавали да закључе уговор којим се обавезују на плаћање ауторске накнаде, знајући да им искоришћавање ауторског дела неће донети никакву економску корист. У крајњем случају, такво решење, имало је за резултат уговарање симболичне накнаде само да би се задовољила законом прописана форма.¹³ То су углавном били разлози да се у новијим законима о ауторском праву више не предвиђа да је ауторска накнада обавезан - битан елемент ауторског уговора, већ се ово питање препушта уговорним странама, тако да је данас углавном владајуће правило у ауторском праву да се ауторска накнада, њена висина и начин плаћања одређују ауторским уговором између уговорних страна.¹⁴

Као што се у пракси показало да законско прописивање обавезе уговарања плаћања ауторске накнаде није оправдало свој циљ, тако се показало и да је питање висине и начина плаћања ауторске накнаде једно од најспорнијих питања ауторског уговорног права. Наиме, најзаступљенији облик злоупотребе економске моћи корисника ауторског дела, у односу на ауторе огледа се у томе да се уговори што мања ауторска накнада,

12 Тако на пример, према члану 76, ст. 1, тач. 1. и 2. ЗАСПА аутор, односно други носилац ауторског права има обавезу издавачу преда уредан рукопис или други примерак дела, како би издавачу омогућио умножавање дела, а издавач је дужан да дело умножи и отпочне са пуштањем примерака дела у промет у уговореном или законом прописаном року. Ако није друкчије уговорено тај рок за обе уговорне стране износи годину дана од дана закључења уговора.

13 Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Београд, 1999, 261.

14 Зоран Миладиновић, „Карактеристике ауторских уговора“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 646.

по могућности у паушалном износу, независно колико ће се реално остварити приход или добит од искоришћавања ауторског дела.

Национална законодавства покушавају разним решењима да реше овај проблем. При томе се као репрезентативна могу издвојити два концепта. Једну групу чине она законодавства која уводе појам примерене или правичне накнаде, са циљем да обухвате све ауторске уговоре, независно да ли је уговорено коришћење ауторског дела са економским циљем или без њега.¹⁵ Другу групу чине она законодавства која прописују пропорционалност накнаде само у ауторским уговорима којима је уговорено коришћење ауторског дела са економским циљем.¹⁶

Суштина прве групе законодавства, чији је узор немачки Закон о јачању уговорног положаја аутора и интерпретатора, огледа се у томе, да за уступање права на коришћење ауторског дела аутору припада право на накнаду. Накнада треба да буде уговором одређена. Уколико износ накнаде није уговором одређен, сматра се да је уговорена примерена накнада. Ако уговорена накнада није примерена, аутор може од свог сауговарача захтевати измену уговора којом ће се аутору обезбедити примерена накнада. Накнада је примерена ако је утврђена на основу заједничких правила о накнади. У осталим случајевима, накнада је примерена ако у тренутку закључења уговора одговара ономе што је у пословном промету уобичајено и поштено да се плати с обзиром на врсту и обим уступљених овлашћења, а посебно на дужину и тренутак коришћења дела, водећи рачуна о свим околностима. Корисник ауторског дела се не може позивати на други договор који одступа од напред наведеног на штету аутора. Изузетно, аутор може без накнаде уступити неискључиво право коришћења свога дела за свакога.¹⁷ Аутор се не може користити напред наведеним правима ако је за коришћење његових ауторских дела одређена накнада тарифним уговором.¹⁸

Суштина напред наведених решења је да постоји неоторива претпоставка да постоји обавеза плаћања примерене накнаде (осим у случају када је

15 У ову групу спадају на пример немачки Закон о ауторском праву и сродним правима, измењен и допуњен 2002. године, Законом о јачању уговорног положаја аутора и интерпретатора (BGBl.I 2002, 1155. и даље) и Словеначки Закон о ауторском и сродним правима од 1995. године (*Урадни лист РС*, бр. 21/1995, 1587. и даље). Нав. према С. Марковић (2007), 376-377.

16 Овој групи припада Закон о интелектуалној својини Француске из 1992. године, са изменама и допунама из 1995. године, као и мађарски Закон о ауторском праву из 1999. године. Наведено према С. Марковић (2007), 377.

17 Реч је о неискључивом уступању искључивих имовинскоправних овлашћења, када се право на искоришћавање ауторског дела уступа већем броју лица.

18 С. Марковић (2007), 366.

аутор уступио неискључиво право коришћења неограниченом броју лица) чак и онда када накнада није изричито уговорена. Другим речима, неуговарање одређене накнаде у ауторском уговору не значи да је реч о праву коришћења ауторског дела без накнаде. Насупрот, и у том случају аутор има право на измену ауторског уговора како би се уговорила примерена накнада.

Законодавства која заговарају право аутора на пропорционалну накнаду, имају у виду накнаду која је у одређеној сразмери према приходу који се остварује уговореним коришћењем ауторског дела. При томе, основица за накнаду није добит корисника ауторског дела, већ бруто износ који корисник оствари од коришћења ауторског дела, без умањења износа трошкова коришћења дела и пореза.¹⁹ Концепт пропорционалне накнаде најјасније је описан у француском Закону о интелектуалној својини према коме: „Аутор може пренети права на свом делу у целини или делимично. Пренос подразумева пропорционално учешће аутора у приходу од продаје или коришћења дела“ (чл. I 131-4). Изузетно од овог правила, постоји могућност уговарања накнаде у паушалном износу у следећим случајевима: основица за пропорционално учешће се не може практично одредити; не постоје средства за контролу учешћа; трошкови израчунавања и контролних активности би били у несразмери према очекиваном резултату; приходи и услови коришћења дела чине примену правила о пропорционалној накнади немогућим, било зато што ауторов допринос не чини битан елеменат интелектуалне креације у делу, било зато што коришћење дела има природу споредне активности у односу на предмет коришћења; пренос права на рачунарским програмима; у другим случајевима предвиђеним законом.

Суштина овог система је дакле да законодавац налаже уговорним странама уговарање пропорционалне накнаде, изузев у напред наведеним случајевима, када је допуштено уговорити накнаду у паушалном износу. Оно што је битно за овај систем, јесте да законодавац не помиње пропорцију између ауторске накнаде и прихода од коришћења ауторског дела, препуштајући то питање уговорним странама. Постоји мишљење да се „у сумњи има сматрати да су удео аутора и удео корисника дела једнаке вредности, тако да се подела бруто прихода на једнаке делове чини исправном“.²⁰ Иако подела прихода на равне делове у пракси није реална, сматра се да пропорционална накнада, као принцип, представља велики

19 G. Schricker, „Zum neuen deutschen Urhebervertragsrecht“, *GRUR INT*, 2002, 806.

20 G. Schricker, 806.

историјски искорак ауторског уговорног права у правцу заштите легитимних економских интереса аутора.²¹

Очигледно је да се принцип примерене или пропорционалне накнаде предвиђен у законима неких земаља показао као добар. То је имало за резултат да се овај принцип усвоји и у неким актима Европске уније²² за поједине облике коришћења ауторских дела или предмета заштите сродних права, што је за даљи резултат имало имплементацију овог принципа у законе о ауторском праву свих земаља чланица ЕУ, али и оних које претендују да постану чланице ЕУ, међу којима је и Србија.

Сагледавањем свих решења око уговарања плаћања ауторске накнаде, поново долазимо до закључка да је то једно од најдискутованијих питања у ауторском уговорном праву, било да је реч о законској обавези уговарања ауторске накнаде било да је ово питање препуштено аутономији воље уговорних страна. Имајући у виду проблематичност овог питања, национална законодавства (укључујући и наш ЗАСП)²³ предвиђају квалитативан инструмент којим се аутор може штитити од уговорне доминације корисника ауторског дела. Реч је о праву аутора да под одређеним условима, захтева измену одредби ауторског уговора које се односе на ауторску накнаду, у циљу усклађивања тог износа са економским ефектима уговореног коришћења ауторског дела.

III Услови за измену уговорних одредби које се односе на висину ауторског хонорара

Као што је напред већ објашњено, без обзира што савремени 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 хонора-

21 С. Марковић (2007), 370.

22 Видети члан 4. Директиве бр. 92/100 Европске уније о праву давања у закуп и на послугу и о одређеним правима у вези са правом у области интелектуалне својине, од 19. 11. 1992. године. Према овој Директиви (исто решење предвиђа и наш ЗАСП у члану 22. и 114, ст. 3.), аутор, односно интерпретатор који је уступио произвођачу фонограма или видеограма своје овлашћење на давање у закуп примерака свог дела, односно интерпретације, припада право на правичну накнаду, коју је дужан да плати субјект који примерке даје у закуп.

23 Вид. ЗАСП, чл. 68.

ра уговорне стране одређују споразумно. При уговарању висине ауторског хонорара уговорне стране полазе од неколико фактора: квалитета дела које се уступа на искоришћавање, потражње за делом на тржишту, очекивана добит или приход који корисник дела може остварити искоришћавањем ауторског дела и сл. Има случајева у пракси, када неке околности у тој мери допринесу да уговорена накнада коју корисник дела плаћа и приход или добит коју остварује искоришћавањем ауторског дела постану очигледно несразмерне. Такве ситуације су могуће нарочито када је плаћања ауторске накнаде уговорено у паушалном износу, а интересовање за ауторским делом које је предмет искоришћавања неочекивано порасте. Уговарање плаћања ауторске накнаде у паушалном износу, само је резултат процене који ће се економски ефекти постићи искоришћавањем ауторског дела. Та процена се може показати као тачна, али и као погрешна. Ако се покаже да је процена била нетачна, логично је да неће бити остварено очекивање еквивалентности материјалне вредности узајамних давања. То је логична последица алеаторне природе ауторског уговора.²⁴ Познато је да правила облигационог права не допуштају да се код ове врсте уговора еквивалентност узајамних давања накнадно успостави применом института прекомерног оштећења. Ауторско уговорно право, међутим, представља изузетак у том смислу, тако да предвиђа могућност да се под одређеним условима ова несразмера може отклонити и то под прецизним условима и у одређеном року.

Основни услови који морају бити испуњени да би аутор, односно његов наследник, могао тражити измену уговора јесте: да је плаћање ауторске накнаде уговорено у паушалном износу, да је несразмера између уговорене накнаде и економског ефекта који корисник остварује искоришћавањем ауторског дела очигледна и да је несразмера остварене економске користи углавном резултат квалитета дела. Национална законодавства међутим, нису јединствена у разради ових услова. Разлике се појављују у дефинисању несразмера, као и у питању шта се сматра релевантним за економски ефекат коришћења дела, приход или добит.²⁵

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“,²⁶ односно очигледна.²⁷ Ипак, имајући у виду да је појам „гру-

24 З. Миладиновић, 645.

25 Веома исцрпно о овом питању вид. С. Марковић (2007), 375-380.

26 G. Schricker, 807. Преузето из С. Марковић (2007), 370.

ба“, „упадљива“ и „очигледна“ подложен различитим тумачењима, односно разумевању, у правној теорији се сматра да ће у тумачењу ових појмова кључну улогу имати судска пракса.²⁸ Има закона који ово питање нису препустили различитим тумачењима па су поставили прецизан однос између уговорене накнаде и несразмере. Тако је француским Законом о интелектуалној својини предвиђено да тај однос мора бити 7:12 или више.²⁹ Наш ЗАСП у члану 70, став 1. прописује да несразмера треба да је очигледна, без посебног објашњења шта се подразумева под несразмерном накнадом, што мислимо да није добро решење.

Друго 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. Ово питање је предмет посебне расправе из разлога што и у неким законима није јасно одређено, да ли се несразмера цени у односу на приход или добит корисника дела.

У немачком праву захтева се да ауторска накнада буде у несразмери са приходом. Овакво решење немачког законодавца (узимање у обзир прихода а не добити) у складу је са концептом о ауторској накнади, према којем, уколико се ауторским уговором предвиђа обавеза плаћања ауторске накнаде иста треба да буде примерена. Примереност је, као што је напред објашњено правни стандард који се „заснива на сложеној вишекритеријумској оцени интереса обе уговорне стране, а институт ревизије уговора је само инструмент за накнадно успостављање примереног учешћа аутора у економском ефекту коришћења дела“.³⁰ Штавише, немачки законодавац уз приход наводи и друге користи од коришћења дела, као на пример корист која се оствари коришћењем ауторског дела у сврхе економске пропаганде.³¹

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 очи-

27 ЗАСП, чл. 70, ст. 1.

28 С. Марковић (2007), 376.

29 Закон о интелектуалној својини Француске, чл. I 131-5.

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

31 H. Schack, „Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit“, *GRUR*, 2002, 856.

гледној 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 теоријских 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 уговорног положаја аутора и његовог наследника као слабијих уговорних страна.³²

У прописима ауторског права и правној теорији није спорно да се овим правом аутор може користити када је плаћање ауторске накнаде уговорено у паушалном износу. Међутим, у правној литератури се заступа схватање да нема разлога да се уговори којима је предвиђено плаћање ауторске накнаде у одређеној сразмери према економском ефекту коришћења дела, изузму из домаћаја овог института. Сматра се наиме, да увек када се коришћењем дела наруше сразмере између уговорене накнаде и остварених економских ефеката има места примени овог института.³³ Такође, у немачкој правној 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. Такав став заснива се на схватању да у новом немачком ауторском праву постоји неопорива претпоставка да и када нема изричите одредбе о обавези плаћања ауторске накнаде, постоји обавеза плаћања примерене накнаде.³⁴ Наш ЗАСП у том погледу је веома јасан, јер прописује да у случају да ауторска накнада није уговорена, а приход остварен коришћењем ауторског дела премашује трошкове његовог коришћења у мери која омогућује плаћање ауторске накнаде, аутор, односно његов наследник, има право да тражи измену ауторског уговора ради уговарања накнаде (ЗАСП, чл. 70, ст. 2.). Овакво законско решење је очигледно добар начин да се заштите интереси аутора у оним ситуацијама када под притиском корисника дела пристане да закључи

32 Слободан Марковић, „Неправичност као разлог за ревизију ауторског уговора“, *Правни живот*, бр.11-12/94, 1907.

33 G. Schricker, *Urheberrecht-Kommentar*, München, 1987, 504. Преузето из С. Марковић (2007), 379.

34 G. Schricker, 504.

ауторски уговор без обавезе плаћања ауторске накнаде, иако је коришћење ауторског дела очигледно исплативо за корисника.

У којој мери ће аутор моћи да оствари ово своје право, зависи између осталог и од могућности да има увид у приход, односно добит коју је корисник остварио искоришћавањем ауторског дела. Најбоље је када је ово питање уређено законом, као што је то учињено у нашем ЗАСП који у члану 70, став 5. прописује да је корисник ауторског дела дужан да аутору, односно његовом наследнику пружи веродостојне податке о економским ефектима коришћења ауторског дела и то у року од 30 дана од дана упућивања захтева. Сматра се да у оним случајевима када таква обавеза за корисника није законом прописана, аутор може тужбом за ревизију уговора захтевати од суда да наложи кориснику да аутору пружи тражене информације.³⁵

У вези са правом аутора које се односи на измену уговорних одредби које се односе на висину ауторског хонорара, у правној теорији се поставља још једно веома интересантно 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, и да ли уопште може, 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

35 G. Schricker, 504.

за закључивање уговора о допунској накнади.³⁶ Оваквом схватању се с правом приговара и то с образложењем да се „такве конструкције не могу дедуковати из општих правила грађанског права, и да представљају прешироко тумачење закона“.³⁷ 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 Закона о облигационим односима (чл. 707, ст. 2.)³⁸ 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“.

Скоро са сигурношћу се може 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 оправданих) да се такав приговор корисника не може прихватити и то из два разлога. Прво, према нашем ЗАСП, као и према законодавствима континенталног типа, аутор може располагати својим имовинскоправним овлашћењима само на конститутиван начин (уступањем имовинскоправних овлашћења, односно уговором о лиценци), а не и транслативним путем, односно преносом целог права. 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, у савременом ауторском праву све више се афирмише концепт по коме аутор има право на накнаду од коришћења дела, а не по основу којим се уступа право коришћења дела, већ по основу саме чињенице да се ауторско дело искоришћава. То недвосмислено произилази и из одредбе члана 19 нашег ЗАСП, који говорећи о имовинским правима аутора, најпре у ставу 1 прописује да аутор има право на економско искоришћавање свог дела, као и дела које је настало прерадом његовог ауторског дела, а потом у ставу 2 истог члана каже да „за свако искори-

36 G. Schricker, 504.

37 С. Марковић (2007), 379.

38 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993, 22/1999, 23/1999, 35/1999, 44/1999.

шћавање ауторског дела од стране другог лица аутору припада накнада ако овим законом или уговором није другачије одређено“.

У вези са овим правом аутора, треба напоменути и могућност да му корисник ауторског дела може оспоравати то право с образложењем да је несразмера економске користи и плаћене накнаде резултат његових напора а не ауторског дела. Тако би, на пример, корисник могао да истакне да је добра економска корист остварена захваљујући његовој доброј маркетиншкој служби, улагањем у рекламирање ауторског дела, пословним везама и сл. Таква аргументација се не може занемарити, 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.

IV Застарелост права да се захтева измена уговорних одредби

На крају треба истаћи да аутор може захтевати измену уговорних одредби које се односе на висину ауторског хонорара у одређеном року, односно да је ово право подложно застаревању. Према нашем ЗАСП (члан 70, став 3) аутор ово право може остварити у року од две године од дана сазнања за постојање несразмере, односно за приход остварен коришћењем ауторског дела (субјективни рок), а најдуже у року од шест година од краја године у којој је несразмера наступила, односно у којој је приход остварен (објективни рок). У земљама чији закони о ауторском праву не прописују рок застарелости за остваривање овог права, примењује се општи објективни рок застарелости, који се рачуна од дана када је несразмера између уговорене накнаде и економског ефекта коришћења дела наступила.

Аутор, односно његов наследник, не може се унапред одрећи права на измену уговора због несразмере између уговорене накнаде и остварене добити, односно прихода оствареног коришћењем ауторског дела (ЗАСП, чл. 70, ст. 4.).

V Закључак

Право на измену уговорних одредби које се односе на висину ауторског хонорара, једно је од посебних - специфичних правила ауторског уговорног права. Прописима ауторског права установљено је у циљу заштите аутора као економски слабије уговорене стране у односу на корисника ауторског дела. Иако га предвиђају прописи ауторског права већи-

не земаља, постоје одређене разлике у појединим детаљима. Оно што је неспорно јесте да аутор ово право има у случају када је уговорена накнада у очигледној, знатној или великој несразмери са економским ефектима које корисник остварује искоришћавањем ауторског дела. Питања која у већини закона о ауторском праву, укључујући и наш ЗАСП, нису јасно дефинисана, су: да ли несразмера треба да се цени у односу на укупан приход или у односу на добит коју корисник оствари искоришћавањем ауторског дела и да ли ово право аутор може да остварује само према лицу са којим је у уговорном односу, односно са којим је закључио уговор о уступању овлашћења на коришћење ауторског дела, или и према лицу са којим није у уговорном односу а које фактички економски искоришћава ауторско дело и остварује економску корист која је у очигледној несразмери у односу на ону коју је аутор добио.

Одговор на ова питања морао би бити јасно одређен законом, а не препуштен оцени судске праксе и правне теорије. Ово због тога што су, у економском смислу приход и добит различите категорије. Познато је да у структуру прихода улазе ставке које не чине добит корисника дела. Мислимо да би као услов за ревизију уговорних одредби требало узети нето добит коју корисник оствари искоришћавањем ауторског дела а не приход. Такође, мислимо да би јасно дефинисање пасивно легитимисаног лица за истицање овог захтева, отклонило недоумице које тренутно постоје у правној теорији. Циљним тумачењем одредбе члана 19 нашег ЗАСП, могло би се закључити да захтев за ревизију уговорних одредби које се односе на висину ауторског хонорара аутор може истаћи према сваком лицу које фактички искоришћава ауторско дело и остварује економску корист која је у очигледној несразмери са накнадом коју је аутор добио. Међутим, ако се има у виду да уговор производи правно дејство *inter partes*, онда такав закључак отпада.

Такође, питање које заслужује пажњу јесте оправданост корисниковог приговора да је несразмера остварене економске користи и плаћене накнаде резултат његових напора, а не других околности. Мислимо да се одговор на ово питање мора ценити у сваком конкретном случају. Нема сумње да ће у неким случајевима такав приговор корисника дела бити оправдан, али исто тако неспорно је да ће у већини случајева такав приговор корисника дела бити без основа. То ће нарочито бити случај када су економски ефекти које корисник ауторског дела остварује, а који су у очигледној несразмери са накнадом коју је аутор добио искључиво резултат квалитета ауторског дела.

Zoran MILADINOVIĆ, PhD

Professor at the University of Kragujevac Faculty of Law

THE RIGHT OF THE AUTHOR TO CHANGE THE AGREEMENT PROVISIONS RELATED TO THE AMOUNT OF THE AUTHORS COMPENSATION

Summary

Modern laws regulating authors' rights recognize an author's exclusive right to economically exploit his work. The right to economic exploitation of the author's work in the copyright law is marked as a property law component of the subjective copyright law. Since for some forms of the economic exploitation of the author's work it is necessary to possess material, organizational and technical conditions, the author himself cannot, from objective reasons, perform the exploitation activities which are characteristic for certain types of author's work. Thus, the author can realize this right by giving his authorization to a company or enterprise that will exploit the author's work within its business activities. The basic legal instrument for granting this authorization to another entity is the copyright agreement which regulates the legal relationship between the author and the user of his work. These agreement parties have always been in a factually unequal position since authors, by rule, accept in advance prepared conditions of granting an authorization, particularly those related to the amount and modalities of the author's compensation. The users of the authors work are economically stronger party in this agreement and therefore are usually in a position to impose the amount and modalities of the author's compensation. Given the fact that sometimes there can be a large discrepancy between the agreed amount (if agreed at all) and the actual profit gained from the exploitation of the work, the copy right law foresees the legal instrument allowing the author to make changes in the agreement, that is its provisions related to the amount of his compensation with the aim of increasing it (or defining it in case it was initially omitted).

Key words: *author, user of the author's work, author's compensation, the change of agreement.*

Др Сања РАДОВАНОВИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

РАЧУНАРСКИ ПРОГРАМ КАО УСЛУГА У ИНФОРМАЦИОНОМ ДРУШТВУ

Резиме

Нематеријална природа рачунарског програма, као предмета престајације бројних уговора, отвара низ дилема. С ауторскоправног аспекта релевантно је питање да ли обим у којем аутор врши своја ауторскоправна овлашћења, може да се доведе у везу са конкретним уговором који је између аутора и корисника рачунарског програма закључен, узимајући у обзир околност да корисник извесна овлашћења црпе из самог закона? То је свакако случај са искључивим овлашћењем на стављање у промет које се исцрпљује према одређеним субјектима. Из принципа исцрљења, међутим, изричито су изузети облици искористићавања рачунарског програма у форми пружања услуга, а посебно када је реч о онлајн услугама. У последње време је нарочито развијена услуга cloud computing-a, у чијим оквирима ћемо анализирати обим овлашћења аутора, односно корисника рачунарског програма као услуге.

Кључне речи: *клауд, рачунарски програм као роба, рачунарски програм као услуга, умножавање рачунарског програма, ограничења права аутора.*

І Увод

Стварањем рачунарског програма као ауторског дела, његов аутор постаје титулар искључивих личноправних и имовинскоправних овлашћења. Док се првима штити његов лични однос према делу, друга група овлашћења му омогућава стицање имовинске користи од резултата интелектуалног рада.

Претпоставка вршењу имовинскоправних овлашћења јесте закључивање уговора. Имајући у виду карактер савременог друштва, које почива на информационој технологији, неспорно је да је рачунарски програм врло значајан на тржишту. Захваљујући тој околности, правни оквири у којима се овим производом на тржишту располаже су врло разноврсни.

Поједини од њих се могу уподобити традиционалним институтима робне размене (као што је, примера ради, купопродаја примерка рачунарског програма), док други свој настанак везују управо за настанак и развој дигиталне технологије и ширу примену рачунарских програма. У потоњој групи значајно место заузимају уговори којима се пружа услуга коришћења рачунарског програма.

Заједничко за обе групе уговора јесте чињеница да је рачунарски програм предмет престације. Прецизније, предмет престације чини ауторскоправно заштићена информација која је у програму садржана. Управо ова околност, будући да је реч о нематеријалном добру, у правном промету изазива бројне дилеме. С трговинског аспекта, оне се свODE на питање да ли је уговор којим аутор уступа овлашћење искоришћавања ауторског дела рачунарског програма уговор о промету робе или услуга? С ауторскоправног аспекта, пак, питање које се намеће јесте да ли се садржина ауторског права може довести у зависност од конкретног уговора који је између аутора и корисника рачунарског програма закључен, узимајући у обзир околност да корисник извесна овлашћења црпе из самог закона? Иако је, на први поглед, одговор очигледно негативан, бројне дилеме произашле из нематеријалне природе заштићеног добра, те из постојеће пословне и судске праксе, захтевају да се, бар укратко, осврнемо на могуће интерпретације актуелних нормативних решења у контексту све присутнијег искоришћавања рачунарског програма путем услуга информационог друштва. При том, нарочиту пажњу посвећујемо услугама *cloud computing*-а, чија се доминација у пословању може наслутити.

II Одлука Суда правде Европске уније – повод за размишљање

Једна, не више ни тако нова, одлука Суда правде Европске уније дала је повода да се у правничким круговима актуелизују бројна питања која су се чинила неспорним. Реч је о одлуци у спору *Used Soft GmbH v. Oracle International Corp.* којом је заузет став да давалац лиценце (носилац ауторскоправних овлашћења) за коришћење ауторског дела рачунарског програма, чији примерак је корисник преузео са Интернета, не може даље да се супротставља продаји примерка, односно трајном лиценцном уступању искоришћавања тог примерак рачунарског програма.¹ Како са-

1 Одлука Суда правде Европске уније (Велико веће), од 3. јула 2012. године (енг. *Judgment of the Court (Grand Chamber) 3 July 2012, UsedSoft GmbH v. Oracle International, Corp., Case No. C-128/11*), до-

ма одлука није предмет овог рада, истаћи ћемо мишљење Суда које је послужило као инспирација овој анализи.

Тако, у вези са тумачењем релевантних одредаба, односно чланова 4. и 5. Директиве 2009/24 о правној заштити рачунарских програма (у даљем тексту: Директива 2009/24),² Суд правде Европске уније истиче мишљење да је овлашћење на дистрибуцију примерка рачунарског програма исцрпљено према оном прибавиоцу који је, уз сагласност титулара права, преузео примерак са Интернета на свој носач података, и који је стекао овлашћење да, уз одговарајућу једнократно исплаћену накнаду, користи рачунарски програм неограничено време. Другим речима, уз испуњење одређених услова (неодређено време коришћења и једнократна исплата накнаде), овлашћење на стављање у промет се исцрпљује и на основу уговора о лиценци. Разлог таквом приступу он налази у две кумулативне чињенице. Прва је да дозвола за искоришћавање програма није временски ограничена. Друга је чињеница да је носилац ауторског права већ остварио имовинску корист кроз једнократно исплаћену накнаду, односно да је намирио своје потраживање.³

У пословној пракси, уговор о лиценци рачунарског програма дуго времена је био преовлађујући уговорни оквир располагања од стране аутора, претежно због чињенице да се овим путем остваривала контрола

ступно на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd7f97723fc8e4e73a87e855b5c3dfc75.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSah50?text=&docid=124564&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=331923,12.02.2016>.

2 Директива 2009/24 о правној заштити рачунарских програма (даље у фуснотама: Директива 2009/24) (енг. Directive 2009/24 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs), *Official Journal of the European Union*, No 111/2009 – Directive 2009/24.

3 Међутим, иако истиче потребу да приближавањем, штавише поистовећивањем односног уговора о лиценци и купопродаје заштити функцију исцрпљења овлашћења на стављање у промет, правобранилац ипак настоји да изнесени преседан ограничи на најмању могућу меру.³ С тим у вези, даље у свом мишљењу он истиче да, под условима који су претходно наведени, уговор о лиценци може да доведе до исцрпљења права на стављање у промет, али не и на умножавање рачунарског програма. Тачније, према мишљењу правобраниоца, „легалним прибавиоцем“, у смислу члана 5(1) Директиве 2009/24 се може сматрати само онај субјект који је до примерка рачунарског програма дошао на основу уговора са титуларом права. Доцнији прибавилац може само да користи примерак рачунарског програма који је претходно похрањен на носачу података оригиналног прибавиоца, а не може самостално да сачињава копије, без обзира на то да ли би у потоњем случају оригинални прибавилац избрисао своју копију рачунарског програма са носача података, или је више не би користио. Вид. Christopher Stothers, „When is Copyright Exhausted by a Software Licence? UsedSoft v Oracle“, *European Intellectual Property Review*, 11/2012, 789.

искоришћавања заштићеног дела. Наведеним тумачењем Суда правде ЕУ, позиција аутора је значајно угрожена. Ипак, имајући у виду чињеницу да су одредбама Директиве 2001/29 о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву (у даљем тексту: Директива 2001/29)⁴ из принципа исцрпљења изричито изузети облици искоришћавања рачунарског програма у форми пружања услуга, а посебно када је реч о онлајн (*on-line*) услугама. Суд правде у својој одлуци то изричито потврђује,⁵ чиме се на посредан начин обезбеђује доминација искоришћавања ове врсте ауторских дела управо на наведени начин. Стога ћемо у наредном делу покушати да одредимо када један рачунарски програм, као ауторско дело, представља предмет услуге, те каква је позиција аутора.

III Рачунарски програм – роба или услуга?

Проблем правне природе рачунарског програма као предмета размене на тржишту везује се за осамдесете године прошлог века, када су пласирани први рачунарски производи независно од рачунарских уређаја.⁶ Наравно, правни инструмент промета ових ауторских дела били су (и јесу) уговори. Међутим, као што је и сама индустрија рачунарске технологије револуционарно променила савремени друштвени и правни поредак, тако је и појава нових уговора у значајној мери указала на потребу преиспитивања традиционалних оквира уговорног права. Штавише, овај реални захтев постаје још актуелнији у контексту електронског пословања и смештања размене добара и услуга на Интернет тржиште.

Предмет овог рада, међутим, није трговинскоправни аспект овог питања, већ његове ауторскоправне импликације. Ипак, имајући у виду претходно наведену одлуку Суда правде ЕУ и околност да се, према изра-

4 Директива 2001/29 о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, даље у фуснотама: Директива 2001/29 (енг. *Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*), *Official Journal of the European Communities*, L 167, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>, 22.03.2016, одељак 29 Преамбуле.

5 С-128/11, одељак 54, 62, 66.

6 Hiroo Sono, „The Applicability and Non-Applicability of the CISG to Software Transactions“, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono6.html#iv>, 22.02.2016, 1. Расправе о правној природи рачунарског програма, истина, нису поникле у оквирима права интелектуалне својине, већ трговинског права, а претежно су усмерене на питање могуће примене Конвенције Уједињених нација о међународној продаји робе (тзв. Бечке конвенције).

женом ставу, принцип исцрпљења не протеже на услуге које обухватају ауторска дела, чини нам се да питање шта је заправо рачунарски програм као услуга има практичан значај. Стога ћемо се на расправе о правној природи рачунарског програма осврнути само у мери која је неопходна.

Тако, одређивање једног уговора као робног, односно као услужног, своди се суштински на питање да ли се предмет уговора може сматрати робом. Уколико је одговор одричан, уговор припада групи услужних.

Разумљиво је да проблем у дефинисању рачунарског програма као робе лежи у његовој нематеријалној природи. За потребе трговинског промета, као помоћни критеријум поставило се питање форме у којој је нематеријално добро садржано. Тако, према појединим ауторима, уколико је рачунарски програм умножен на физичком носачу података, он представља материјално добро, те стога одговара појму робе. Уколико то није случај, коришћење рачунарског програма се сматра уговором о пружању услуге.⁷ Следећи овај критеријум, општеприхваћено је да је рачунарски програм, код уговора о купопродаји примерка, роба. Када је реч о уговору о лиценци, уколико је овај уговор закључен на неодређено време, без обавезе враћања примерка који је испоручен на материјалном носачу, а уз плаћање једнократне накнаде, у погледу правних последица, поистовећује се са купопродајом.⁸ Извесну сличност са наведеним ставовима налазимо и у екстензивном тумачењу Суда правде у погледу исцрпљења права на стављање у промет. Наиме, уколико је титулар права, за износ који одговара економској вредности примерка, пренео овлашћење на коришћење рачунарског програма на неодређено време, према мишљењу Суда, реч је о продаји примерка.⁹

У погледу рачунарских програма који су доступни путем Интернета, у тзв. онлајн (*on-line*) трансакцијама, не постоји уједначено мишљење о њиховој правној природи. Једна група аутора истиче да облик у којем је програм испоручен (телесни или бестелесни) не треба да утиче на његову природу, тим пре што програми преузети са Интернета могу да буду сачувани на телесном носачу података.¹⁰ Други, међутим, сматрају да у случају онлајн пословања не постоји пренос примерка програма, већ

7 Sarah Green, Djakhogir Saidov, „Software as Goods“, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/green-saidov.html>, 17.2.2016, 4.

8 S. Green, D. Saidov, 9.

9 C-128/11, одељак 42.

10 H. Sono, 5; Trevor Cox, „Chaos versus uniformity: the divergent views of software in the International Community“, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/cox.html>, 17.02.2016, 7.

само његово умножавање. Због тога се ни рачунарски програм у електронским разменама не може сматрати робом.¹¹

На сличним позицијама је и Европска унија, која је у оквиру Светске трговинске организације нагласила став да се све електронске испоруке имају сматрати услугама.¹² Сходно томе, Директивом 2000/31 о електронској трговини¹³ је прописано да се услугом информационог друштва сматра услуга која се електронским средствима пружа на даљину, на захтев заинтересованог лица.¹⁴

IV Онлајн услуга коришћења рачунарског програма

У ширем смислу, онлајн коришћење рачунарског програма подразумева сваки облик његовог искоришћавања путем Интернета. Међутим, уколико се осврнемо на наведену одлуку Суда правде ЕУ у случају *Used-Soft*, искоришћавање рачунарског програма путем глобалне мреже могли бисмо начелно посматрати из два угла.

С једне стране, Интернет представља средство испоруке примерка рачунарског програма, као испуњење обавезе преузете на основу претходно закљученог уговора (примера ради, лиценца, купопродаја). С друге стране, онлајн искоришћавање рачунарског програма може да буде непосредно, у смислу да корисник, у оквиру интернет услуга, приступа рачунарском програму и употребљава га. Потоњи облик искоришћавања могли бисмо да означимо као онлајн искоришћавање у ужем смислу, односно коришћење рачунарског програма као услуге.

Онлајн услуга коришћења рачунарског програма може се организовати на различите начине. У последње време је нарочито развијена

11 Н. Sono, 5.

12 Т. Cox, 7.

13 Директива 2000/31 о одређеним правним аспектима услуга информационог друштва, а посебно електронске трговине, на унутрашњем тржишту – даље у фуснотама: Директива 2000/31, (енг. *Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market - E-Commerce Directive*), *Official Journal of the European Communities*, L 178, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>, 10.03.2016.

14 Директива 2000/31, чл. 2. упућује на примену чл. 1, ст. 2. Директиве о техничким стандардима услуга информационог друштва, која је више пута мењана. Актуелна редакција је Директива 2015/1535, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L1535&from=FR>, 11.04.2016.

услуга *cloud computing*-а, у чијим оквирима ћемо и ми анализирати право аутора рачунарског програма.¹⁵

Изразом *cloud computing* (надаље: клауд) се означавају компјутерски ресурси (хардвер и софтвер) који се корисницима стављају на располагање са удаљених локација, најчешће путем Интернета,¹⁶ али и услуге испоручивања различитих апликација са тих ресурса.¹⁷ Дакле, кориснику клауда се ставља на располагање рачунарска инфраструктура (IaaS), платформа (PaaS) или софтвер (SaaS). Тиме му се омогућава да са свог уређаја (рачунара – стоних, преносних, таблет; мобилног телефона), приступа разноврсним садржајима који се налазе у удаљеном хардверском уређају (серверу), односно да покреће рачунарске програме различитих врста и намена, али и да размењује информације са другим корисницима. Својство корисника клауда стиче се закључивањем уговора са клауд провајдером (најчешће отварањем налога, односно регистрацијом), који односно садржај ставља на располагање по основу претходно закљученог уговора са носиоцем права на том садржају.

У својој суштини, клауд представља рачунарски програм који симулише рад једног или више рачунара – сервера. Практично, у мрежи рачунара може да се налази само један сервер, а да се за неколико додатних уређаја симулише иста функција. Због своје динамичне природе, те чињенице да се похрањивање и размена података обављају у бестелесној форми, клауд има велики тржишни потенцијал у данашњем, информационом друштву.¹⁸ Ипак, ова својеврсна употреба рачунарске технологије отвара низ правних питања. У погледу услуге којом се корисницима на

15 Software as a Service, више података доступно на адреси: <http://searchcloudcomputing.techtarget.com/definition/Software-as-a-Service>, 01.03.2016.

16 Peter Mell, Timothy Grance, *The NIST Definition of Cloud Computing*, Recommendations of the National Institute of Standards and Technology, NIST Special Publication 800-145, National Institute of Standards and Technology, U.S. Department of Commerce, доступно на адреси: <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800/145/SP800-145.pdf>, 14.08.2015.

17 Michael Armbrust, Armando Fox, Rean Griffith, Anthony D. Joseph, Randy Katz, Andy Konwinski, Gunho Lee, David Patterson, Ariel Rabkin, Ion Stoica, Mathei Zaharia, *A View of Cloud Computing*, Communications of the ACM, Volume 53, Issue 4, April 2010, доступно на адреси: http://delivery.acm.org/10.1145/1730000/1721672/p50-armbrust.pdf?ip=188.246.48.223&acc=OPEN&CFID=193934598&CFTOKEN=78756548&__acm__=1363711933_1493e1a8c5658af1ddb7f9580b39800, 01.09.2015, 50.

18 У том смислу, постоји неколико врста *cloud*-а, од јавног до приватног, према кругу субјеката који је њиме обухваћен. Вид. Neal Leavitt, „Is Cloud Computing Really Ready for Prime Time?“, *Technology News*, January 2009/IEEE Computer Society, доступно на адреси: <http://www.leavitt.com/pdf/Cloudcomputing.pdf>, 17.11. 2015

располагање ставља рачунарски програм издвојићемо она која су у основи непосредно везана са искључивим овлашћењем носиоца ауторског права на рачунарском програму на умножавање дела, односно, из угла корисника, ограничења овог овлашћења.

V Рачунарски програм као услуга клауда

Пружање услуге коришћења рачунарског програма који је похрањен у меморији удаљеног сервера састоји се из неколико корака. Најпре, аутор рачунарског програма уступа овлашћење искоришћавања пружаоцу клауд услуге путем уговора који обавезује ова два субјекта. Корисници стичу овлашћење искоришћавања након што се региструју код пружаоца услуге и, по правилу, плате одређени износ на име коришћења. Уговорни однос између корисника и провајдера, у погледу употребе рачунарског програма, своди се на омогућавање приступа рачунарском програму за све време трајања уговора (односно плаћања накнаде), са било ког уређаја који омогућава повезивање на Интернет.

Аутор и корисник рачунарског програма нису у непосредној правној вези. Ипак, чињеница да је предмет уговорне престације истовремено и предмет искључивог права аутора захтева да се њихов однос сагледа с тачке њиховог повезивања, односно из угла ограничења права аутора у корист корисника.

1. Ауторско право у контексту рачунарског програма као клаудуслуге

Према Директиви 2009/24, титулар ауторског права на рачунарском програму искључиво је овлашћен да дозволи привремена или трајна умножавања рачунарског програма било којим средством и у било којој форми, у целини или делимично, „када читавање, истицање на монитору, покретање, преношење или похрањивање неког компјутерског програма захтевају неко такво (трајно или привремено, у целости или делимично, било којим средством и на било који начин) умножавање програма“;¹⁹ превођење, прилагођавање, приређивање и свако друго мењање и умножавање програма који из тога произлазе, непрејудицирајући при том права лица које мења компјутерски програм,²⁰ било који облик дистрибуције дела јавности, укључујући и давање дела у закуп, било да је

19 Директива 2009/24, чл. 4, ст. 1.

20 Директива 2009/24, чл. 4, ст. 2.

реч о оригиналном примерку, било о копији дела. Према нашем Закону о ауторском и сродним правима (у даљем тексту: ЗАСП), ако је ауторско дело рачунарски програм, умножавањем се сматра и смештање целог или дела програма у меморију рачунара, односно пуштање програма у рад на рачунару.²¹

Дакле, свако коришћење рачунарског програма представља заправо умножавање и обухваћено је искључивим правом аутора. Посматрано с аспекта корисника, свака употреба мора да има свој основ у уговору са самим аутором или са лицем које аутор овласти на таква располагања. Стога, када је реч о клаудуслугу, свакако да је нужан оквир употребе уговор који корисник закључује са пружаоцем услуге, а који, по правилу, обухвата и посебне услове предвиђене за рачунарске програме. Међутим, могуће је да наведеним условима нису изричито регулисани сви видови искоришћавања предметног програма, те се поставља питање да ли се таквим пропуштањем корисник лишава употребе у односном смислу или је могуће применити законске одредбе о ограничењу ауторског права у погледу конкретних чињења.

2. Овлашћења корисника рачунарског програма која произлазе непосредно из закона

Технички посматрано, услуга рачунарског програма у оквиру клауда пружа се кориснику на начин да му се обезбеди, путем Интернета, приступ рачунарском програму са сопственог уређаја, односно покретање програма из удаљене меморије клауда (пуштање у рад). Како смо већ објаснили, свака употреба, па тиме и само покретање представља радњу умножавања, односно чини садржину искључивог права аутора. Међутим, Директива 2009/24 садржи одредбе којима се легални прибавилац овлашћује, уколико уговор не предвиђа другачије, да предузима умножавања рачунарског програма, у складу са намераваном сврхом, укључујући и исправљање грешака.²² Према ЗАСП-у, пак, лице које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма, ради сопственог уобичајеног наменског коришћења може да смешта програм у меморију рачу-

21 Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/209, 99/2011, 119/2012, 29/2016, чл. 20, ст. 4.

22 Директива 2009/24, чл. 5, ст. 1.

нара и пушта га у рад,²³ као и да начини један резервни примерак рачунарског програма на трајном телесном носачу.²⁴

Да бисмо наведене одредбе применили на корисника рачунарског програма као клауд услуге, неопходно је указати на два значајна питања: да ли се овај корисник сматра легалним прибавиоцем копије рачунарског програма, те која су то умножавања у контексту услуге рачунарског програма неопходна за нормалну, односно сврсисходну употребу?

*а) Корисник клауд услуге рачунарског програма
као „легални прибавилац“*

Оно што може учинити спорном могућност субјекта да црпи одређена овлашћења из закона јесте појам легалног прибавиоца. Јасно је да својство „легални“ претпоставља постојање неког правног основа за коришћење рачунарског програма. Међутим, с обзиром на то да је у наведеним одредбама употребљен термин „прибавилац“ уместо корисник, поставља се питање да ли је тиме изражена тежња да се круг лица, на која се законска ограничења ауторског права на рачунарском програму односе, заправо сузе. Другим речима, недовољно је јасно да ли се под прибавиоцем може сматрати сваки легални корисник или само онај који је уједно и држалац материјалног примерка рачунарског програма.²⁵

Прва Директива о правној заштити рачунарских програма, Директива 91/250,²⁶ која је поставила правне оквире искоришћавања ових ауторских дела, донесена је у време компјутерске технологије која није подржавала размену података на Интернету у данашњем облику. Употреба рачунарског програма у техничко-технолошком окружењу оног времена је подразумевала материјални примерак рачунарског програма, било да је он сачињен на рачунарском уређају или на телесном носачу података.²⁷ Чак ни актуелна редакција Директиве о правној заштити рачунарских програма изворни текст у овом делу не мења. Разлог томе вероватно

23 ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 1.

24 ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

25 Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford, 2009, 229.

26 Council Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:EN:HTML>, 11.04.2016.

27 Актуелна веб 2.0 платформа омогућава активно учешће корисника у креирању садржаја доступних на Интернету (тзв. *User Generated Content*). Вид. Сања Радовановић, „Грађанско-правна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Душан Поповић), Београд, 2015, 84.

лежи у чињеници да је у међувремену донесена Директива 2001/29, чије је *sedes materiae* искоришћавање ауторских дела, па тиме и рачунарског програма, у дигиталном облику. Сходно одредбама ове Директиве, примерком рачунарског програма се сматра сваки резултат умножавања (телесни, бестелесни, трајни, привремени).²⁸ Следствено, корисник рачунарског програма као услуге такође представља прибавиоца, у смислу односних одредаба.

б) *Ограничења ауторског права у корист корисника рачунарског програма као клауд услуге*

Како корисник рачунарског програма као услуге има својство легалног прибавиоца, јасно је да се наведене одредбе Директиве 2009/24 и домаћег права примењују и на њега. Међутим, да бисмо одговорили у којој мери је ограничење ауторског права могуће, сматрамо неопходним довести у везу посебности рачунарског програма као клауд услуге са циљем односних одредби.

Директива 2009/24, подсетимо се, признаје аутору рачунарског програма искључиво овлашћење на умножавање, али предвиђа и одређена ограничења.²⁹ Ове одредбе заправо почивају на принципима Бернске конвенције о уравнотежењу приватног интереса (аутора) и општег интереса (друштва).³⁰ Ван европског тржишног простора, поред Бернске конвенције, оквира за ограничење искључивог овлашћења на умножавање дају одредбе нешто касније донесених међународних аката, Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS-а) и WIPO Уговора о ауторском праву. Начелно, њима се предвиђа обавеза држава чланица да ограничења искључивих права аутора сведу на посебне случајеве, који нису противни уобичајеном искоришћавању дела и којима се не наноси неоправдана штета законитим интересима титулара права.³¹

28 Директива 2001/29, чл. 2.

29 Директива 2009/24, чл. 5. и 6.

30 „Green Paper on Copyright and Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action“, COM (88) 172 final, 10.11.1988, доступно на адреси: http://aei.pitt.edu/1209/01/copyright_and_tech_gp_COM_88_172.pdf, 02.02.2016.

31 Тако, Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (енг. *Agreement on Trade-related aspects of Intellectual property – TRIPS*), доступно на адреси: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm, 12.04.2016, чл. 13. Слично, WIPO Уговор о ауторском праву (енг. *WIPO Copyright Treaty*), доступно на адреси: http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166, 12.04.2016, чл. 10. Бернском конвенцијом за заштиту књижевних и уметничких дела из 1886. године је успостављен тзв. *three-step test* (тестирање у

Већина националних закона је у примени ових општих међународних аката успоставила посебан режим у погледу обима ауторског права на рачунарском програму. Такав модел усваја и наш законодавац. Имајући у виду чињеницу да функционисање рачунарског програма није замисливо без одређених чињења, која улазе у појам умножавања, законодавац је предвидео суспензију искључивог овлашћења аутора на умножавање софтвера. У том смислу, како је већ наведено, лице које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма, ради сопственог уобичајеног наменског коришћења може да смешта програм у меморију рачунара и пушта у рад,³² као и да начини један резервни примерак софтвера на трајном телесном носачу.³³

Док наш законодавац прецизира чињења која су допуштена и без сагласности аутора, Директива 2009/24 даје шире оквире за тумачење дозвољених умножавања од стране корисника: легални прибавилац се овлашћује, уколико уговором није другачије одређено, да предузима умножавање рачунарског програма, које је у складу са намераваном сврхом. Иако су формулације различите, сматрамо да је смисао ових одредаба исти. Наиме, радње умножавања које су нашим Законом изричито предвиђене сматрају се допуштеним, у смислу законске суспензије ауторског права, само уколико се таквим ограничењем не вређају легитимни интереси аутора.³⁴ Стога ћемо у наредном делу сагледати наведена допуштена чињења у контексту рачунарског програма као клауд услуге.

3. Пуштање програма у рад у оквиру рачунарског програма као клауд услуге

Пуштање програма у рад, односно његово покретање представља акт умножавања који је нужна претпоставка за постизање одређеног програмског резултата. Без овог чињења употреба рачунарског програма није могућа. Следствено, овакво умножавање представља најмањи обим вршења односног искључивог овлашћења аутора које корисник мора да

три корака) које се своди на утврђивање да ли је искоришћавање у конкретном случају обухваћено законским ограничењима, да ли је у супротности са нормалним искоришћавањем дела и да ли неразумно вређа легитимне интересе аутора (чл. 9, ст. 2.). Текст Конвенције доступан у: Владимир Тодоровић, *Међународни уговори – Интелектуална и друга добра*, књига 7, Београд, 2000.

32 ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 1.

33 ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

34 ЗАСП, чл. 41, ст. 2.

има како би остварио циљ уговорног обавезивања према аутору или носиоцу ауторског права.³⁵

Језичким тумачењем одредаба Директиве³⁶ би се могло закључити да се уговором може ограничити право корисника да програм пушта у рад. Међутим, у смислу општег уговорног права, такве одредбе би биле ништаве, јер су противне циљу уговора³⁷ о уступању права искоришћавања рачунарског програма.³⁸ Дакле, право корисника на умножавање у наведеном смислу гарантује се и онда када то сауговорач, односно носилац ауторског права на програму није узео у обзир. Супротан закључак би угрозио не само смисао ауторскоправне заштите и предвиђених ограничења, већ и смисао уговорног права. Ту је, заправо, реч о сагласности која се подразумева за одређену врсту уговора.³⁹

35 Сања Радовановић, *Уговор о лиценци софтвера*, Београд, 2012, 186.

36 Слично је и у законима држава чланица. Тако, немачки Закон о ауторском праву прописује да, *уколико не постоје посебне уговорне одредбе*, легални стичалац рачунарског програма не треба да захтева сагласност носиоца права за предузимање радњи које су *неопходне за употребу* програма у складу са намераваном сврхом, укључујући и исправљање грешака. Немачки Закон о ауторском праву (нем. *Urheberrechtsgesetz - UrhG*, доступно на адреси: <http://www.gesetze-im-internet.de/urhG/>, 01.02.2016, чл. 69д, ст. 1. Ова одредба, штавише, предвиђа да легални стичалац, под наведеним условима, не мора да захтева сагласност ни за једну радњу искоришћавања програма, осим дистрибуције и закупа, али смо се у контексту овог дела рада задржали само на овлашћењу аутора на умножавање. Енглески Закон дозвољава легалном прибавиоцу да умножава компјутерски програм када је то *у складу са овлашћеном употребом*. Copyrights, Designs and Patents Act - CDPA, доступно на адреси: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/UKpga_19880048_en_1.htm, 01.02.2016, чл. 50Ц, ст. 2. Када је реч о америчком праву, несмотр се повредом уколико власник примерка, или лице које он овласти, умножава рачунарски програм у обиму који представља суштински акт употребе на рачунарском уређају. The US Code, Title 17 (енг. *Copyright Act*), доступно на адреси: <http://www.law.cornell.edu/copyright/>, 01.02.2016, чл. 117, ст. а, тач. 1. У Аустрији и Финској предвиђени су чак и шири изузеци од искључивих овлашћења аутора рачунарског програма будући да одредбе тамошњих закона не садрже чак ни услов „у складу са намераваном сврхом“. „Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the Implementation and effects of Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs“, COM (2000) 199 final, 10.04.2000, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0199:FIN:EN:PDF>, 01.02.2016, 12.

37 Немачки Грађански законик, *Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*, доступно на адреси: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html, чл. 133. и 157. Исто решење познаје и француско право, вид. *Code de la Propriété Intellectuelle*, Intellectual Property Code - IPC, доступно на адреси: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180336, 01.02.2016, чл. Л122-6, Л122-6-1, ст. 1.

38 Вид. Reasons Ri Li 91/250 on legal protection of computer programs, доступно на адреси: www.europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1991/de391L02S0.html, 10.02.2016.

39 Допуштеност умножавања у наведеном смислу надаље произлази из доктрине развијене у ауторском праву прецедентних правних система о тзв. имплицитним лиценцама (*implied li-*

4. Смештање програма у меморију рачунарског уређаја корисника клауда (инсталисање)

Док је општеприхваћено да пуштање програма у рад представља минимум овлашћења које корисник мора да има да би употребљавао рачунарски програм, када је реч о коришћењу рачунарског програма из клауд меморије не бисмо без резерве могли да заузмемо исти афирмативни став у погледу овлашћења, односно ограничења да корисник сачини примерак програма у меморији свог рачунарског уређаја.

Наиме, сачињавање копије рачунарског програма у радној меморији рачунара у информатичким стручним круговима се сматра неопходним чињењем за редовну употребу. Разлог томе лежи у чињеници техничке природе: свако касније покретање програма са носача података (уколико је на њему забележен примерак дела) отежавало би његову употребу и успоравало рачунарски систем.⁴⁰ Међутим, корисник рачунарског програма путем клауд услуге има на располагању примерак сачињен у бестелесној форми, односно похрањен у меморији удаљеног сервера. Технички посматрано, за корисника би било потпуно ирелевантно да ли програм покреће из сопствене или удаљене меморије. Функционисање рачунарског система се овим не доводи у питање.

Уколико пођемо од сврхе прописаних ограничења, чини нам се да у овом домену постоји извесно сужавање суспензије ауторског права. Подсетимо се, сва умножавања рачунарског програма представљају искључива овлашћења аутора. Ограничења (која су у појединим правним системима изричито садржана у законским одредбама, а у појединим она произлазе из *fair use* доктрине), представљају пожељну интервенцију државе у субјективно право аутора, а ради заштите општег друштвеног интереса. Реч је, дакле, о изузецима која, сходно општим принципима, треба рестриктивно тумачити.

cences у енглеском праву, *implied conduct* у америчком), према којој се одређене „дозволе“ подразумевају и када нису изричито обухваћене сагласношћу, уколико вршење одређених искључивих овлашћења аутора произлази из природе уговора, а у складу је са изричитим уговорним одредбама и целокупним контекстом уговорног односа. Вид. Davidson & Associates, Inc. v. Internet Gateway, 334 F. Supp. 2d 1164, 2004 U.S. Dist. Lexis 20369, Copy. L. Rep. (CCN) P28, 888, у правној бази LexisNexis, доступно на адреси: www.lexisnexis.com, 02.03.2016.

40 О поступцима који се одвијају приликом покретања рачунарских програма и уопште њихове употребе вид. Manfred Kindermann, „Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – GRUR*, 4/1983, 150.

Када је реч о нашем Закону, у заједничкој одредби о ограничењу ауторског права прописано је да обим ограничења искључивих овлашћења у сваком конкретном случају не сме бити у супротности са нормалним искоришћавањем дела, нити сме неразумно вређати легитимне интересе аутора.⁴¹ У законима европских држава, по узору на односу Директиву, у погледу овлашћења на сачињавање резервне копије стоји одредница „када је то потребно за такву употребу“.⁴²

У смислу наведеног, потребно је одредити шта се сматра нормалним искоришћавањем дела у погледу смештања програма у меморију рачунарског уређаја корисника клауда.

С обзиром на то да корисник има приступ делу са било којег уређаја и са било којег места, јасно је да смештање рачунарског програма у меморију уређаја корисника не може бити правдано истим разлозима као када је у питању инсталисање програма са материјалног носача података или преузимањем примерка са Интернета. При том се највише имају у виду аргументи који се истичу у прилог ефикасности употребе програма и, уопште, рачунарског система. Клауд окружење тај недостатак потпуно елиминише, будући да кориснику, истовремено са употребом рачунарског програма, стоји на располагању и одређени меморијски простор удаљеног рачунарског уређаја. С тим разлозима, могли бисмо закључити да се смештање програма у меморију корисниковог уређаја не може *a priori* сматрати допуштеним.

5. Инсталисање програма у меморију рачунарског уређаја корисника клауда као сачињавање резервног примерка

мештање рачунарског програма (инсталисање) у меморију рачунарског уређаја корисника клауда може да се посматра и као сачињавање резервне копије. Према нашем Закону, легални прибавилац може без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде да сачини један резервни примерак на трајном телесном носачу.⁴³ Легални прибавилац, према односној одредби Директиве 2009/24,⁴⁴ не може бити уговором спречен да сачини једну *back-up* копију рачунарског програма, уколико је то неопходно за уобичајену употребу.

41 ЗАСП, чл. 41, ст. 2.

42 UrhG, чл. 69д, ст. 2; CDPA, чл. 50А, ст. 1; IPC, чл. L 122-6-1, ст. II.

43 ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

44 Директива 2009/24, чл. 5, ст. 2.

Овлашћење корисника да сачини резервну копију рачунарског програма не представља чињење од којег зависи његова употреба, будући да је програм најчешће већ инсталисан у меморији рачунара. Смисао овог ограничења, наиме, лежи у потреби да се кориснику омогући несметана употреба програма и у оним случајевима када прибављени примерак постане неупотребљив. У традиционалном технолошком окружењу, то се најчешће дешава услед оштећења или уништења уређаја на којем је програм претходно инсталисан, услед физичке силе или „вирусних напада“.⁴⁵ Стога, да би се корисник омогућио да употребљава рачунарски програм за све време трајања уговора између њега и аутора, одредбама закона му је допуштено да сачини резервни (безбедносни) примерак. Имајући у виду бестелесни облик искоришћавања путем клауд услуге, спорно је да ли такви ризици постоје и у овом случају. Наиме, клауд провајдер, у оквиру своје делатности и у сопственом интересу, одржава рачунарски систем који се, како је наведено, одликује управо тиме што удаљени сервер може да симулише своју функцију на више различитих уређаја. Из тих разлога, околности које се наводе у прилог суспензије ауторског овлашћења на умножавање у традиционалном рачунарском окружењу, у клауду не постоје. Следствено, допуштањем кориснику да у меморији свог рачунарског уређаја сачини резервну копију програма, којем има приступ путем клауд мреже, у било које време и са било којег места, би се изашло изван оквира ограничења. Конкретно умножавање не би се могло сматрати неопходним за редовну употребу. Осим тога, и легитимни интереси аутора би могли да буду угрожени.⁴⁶ Исти резултат, али са другачијим образложењем, произ-

45 С. Радовановић (2012), 190.

46 Наиме, када се рачунарски програм користи путем услуге клауда, аутор стиче приходе на основу накнада које корисник плаћа провајдеру. Накнада може да буде обрачуната паушално, на месечном, годишњем нивоу и слично, или, пак, према интезитету коришћења. Уколико је накнада обрачуната паушално, с аспекта интереса аутора, не би постојала сметња за сачињавање резервне копије у меморији рачунарског уређаја корисника. Аутор не трпи негативне последице од чињенице да је програм инсталисан код корисника који има овлашћење за његову употребу и који за такво искоришћавање плаћа накнаду. Ипак, не би се смела занемарити чињеница да умножавање програма на овај начин представља за аутора додатни ризик од губљења контроле над искоришћавањем свог дела, будући да је примерак програма доступан кориснику и након што престане да плаћа накнаду за коришћење. Наравно, корисник тиме губи и својство легалног прибавиоца, те свака накнадна употреба доводи до повреде права. Уколико се накнада обрачунава према интезитету коришћења, интерес аутора би свакако био угрожен када би корисник инсталисао програм, јер би било могуће пуштати га у рад и из меморије уређаја. Такво умножавање, односно коришћење аутор не би могао да контролише без додатних трошкова (нпр. путем технолошких мера заштите).

лази и из околности да је кориснику онемогућен приступ Интернету, па тиме и предметном рачунарском програму.

6. Немогућност приступа Интернету у контексту рачунарског програма као клауд услуге

Рачунарска технологија данашњице заснована је на глобалној рачунарској мрежи и на могућности бројних корисника да ту мрежу користе. У том смислу, разноврсност уређаја који омогућавају приступ Интернету, те начини повезивања (бежично, путем мобилне телефоније, кабловске телевизије итд), чине Интернет, а тиме и клауд услуге, истински доступне свима и увек. Ипак, уколико наступи мало вероватна немогућност коришћења Интернета, доводи се у питање и искоришћавање рачунарског програма као услуге путем клауда. Да ли је то ризик који оправдава сачињавање резервне копије? Чини нам се да одговор не може да буде дат изоловано од општих правила уговорног права.

Тако, трајна немогућност корисника да приступи рачунарском програму у клауд меморији представља, заправо, немогућност испуњења престације. С аспекта уговорног права, ова околност води до престанка уговора. Не улазећи, у контексту овог рада, у даља питања у вези са одговорношћу уговорних страна и даље судбине њиховог односа, можемо закључити да ова чињеница води непосредно и до престанка својства легалног прибавиоца. Корисник рачунарског програма је у уговорном односу са клауд провајдером, а не са аутором. Рачунарски програм представља само предмет престације која је постала немогућа. Другим речима, клауд провајдер се обавезао да омогући употребу рачунарског програма из сопствене меморије, а не рачунарског програма у опште. Самим тим, ризик немогућности коришћења рачунарског програма као клауд услуге не представља околност која би оправдала сачињавање резервне копије у рачунарском уређају корисника. Слично је и када је реч о привременој немогућности, с тим да у овом случају уговор наставља да производи дејство када немогућност испуњења буде отклоњена.

VI Закључак

У информационом друштву, које одликује распрострањена употреба Интернета у комуникацији и пословању, рачунарски програм има двојаку функцију. С једне стране, њиме се омогућава проток информација, а с друге стране, он представља непосредни предмет размене. Имајући у виду да је рачунарски програм, заправо, предмет заштите ауторским

правом, овај рад је имао за циљ да укаже на обим овлашћења којима располаже аутор, односно корисник, у контексту актуелне интернет услуге - клауда. Наиме, свака употреба рачунарског програма представља умножавање, које је обухваћено искључивим овлашћењем аутора. Међутим, ово овлашћење трпи низ ограничења у корист легалног прибавиоца примерка рачунарског програма. Анализом нормативних решења права Европске уније и домаћег права у погледу искључивог овлашћења аутора на умножавање и његових ограничења, у контексту рачунарског програма као клауд услуге, истакнуто је мишљење да је право аутора ограничено само у погледу пуштања програма у рад из меморије удаљеног рачунарског уређаја. У осталим случајевима, инсталисање програма у рачунарском уређају корисника и сачињавање резервне копије, примена одредаба о ограничењу овлашћења на умножавање није оправдана.

Sanja RADOVANOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

COMPUTER PROGRAM AS A SERVICE IN THE INFORMATION SOCIETY

Summary

Intangible nature of the computer program, as a subject of numerous contractual obligations, opens a number of dilemmas. From the copyright point of view, relevant question is whether the extent, to which the author shall exercise its copyright, may be brought in connection with the contract signed between the author and the user of a computer program, taking into account the fact that the user has certain powers derived from the law? This is certainly the case with the exclusive distribution right, which could be exhausted against certain subjects. Exhaustion principle, however, is not provided in the case when computer program is used as a service, especially when it comes to online services. Lately, the service that is specially developed, is cloud computing, within which we will analyze the scope of author's and user's rights, regarding the computer program as a service.

Key words: *cloud computing, computer program as a good, computer program as a service, reproduction of computer program, limitations on copyright.*

Др Драгица ПОПЕСКУ
судија Апелационог суда у Београду

ФОТОГРАФИЈА КАО АУТОРСКО ДЕЛО

Резиме

Схватање да Закон о ауторским и сродним правима штити свако фотографско дело, па и оно које није настало као резултат духовне творевине човека, директно је супротстављено одредби члана 2, став 1, тачка 9. и члану 9. тог закона, јер за фотографију, као ауторско дело, Закон предвиђа исти услов – да је настала као интелектуална творевина човека. Стога се питање да ли је фотографија *ipso facto* ауторско дело мора посматрати у контексту наведеног закона као целине, циљним тумачењем онога што је законодавац желео да заштити. Није у духу Закона о ауторским и сродним правима да као ауторско дело буде заштићен обичан производ технике, без оригиналног доприноса људског ума.

Да ли је фотографија ауторско дело, у конкретном случају може се утврдити путем вештачења, али да би постојало ауторско дело, основно је да је креирано људским интелектом, а не да га је створио случај, апарат итд. Фотографија је ауторско дело под истим условима који важе за остала ауторска дела, те је јединствена и дужина рока трајања заштите по Закону.

За настанак нематеријалне штете, нужно је да душевне болове и/или страх, као њене видове, претрпи аутор који због повреде моралног ауторског права, и то у свим законом признатим облицима, претендује на новчану накнаду. Истовремено, сама повреда ауторског права није довољан услов за новчану накнаду штете, а по том основу досуђена накнада води „тарифирању повреде права“, што није у духу Закона о облигационим односима.

Кључне речи: фотографско дело, духовна творевина, фотографија, нематеријална штета, тарифирање повреде права.

I Ауторско дело

Стварање фотографија је самостална људска делатност, уско везана за ликовну уметност, попут примењене уметности, дизајна, филма и налази се негде између ликовне и примењене уметности, зависно од тога да ли, као примењена, служи за улепшавање простора или се изражава у простору, као ликовна уметност, што су визуелне уметности.

Закон о ауторским и сродним правима предвиђа међу ауторским делима и фотографије. Ауторско дело према одредбама ЗАСП је оригинална духовна творевина аутора, изражена у одређеној форми, без обзира на њену уметничку, научну и другу вредност, величину, садржину, начин испољавања. Стога нису ауторска дела она која настану опонашањем, копирањем, плагирањем туђег ауторског дела или коришћењем неког поступка, без духовног односа човека према његовом настанку, изгледу, сврси, пропорцији, композицији. На исти начин се мора посматрати ауторско дело фотографије, која може бити и уметничко дело, ако поред своје оригиналности има и уметничких вредности, али које такође, не мора испуњавати ни услове да би било ауторско (случајни снимак услед ненамерног активирања механизма, јер данас су присутне нове технологије настанка фотографије, које то омогућују и слично), не може се сматрати ни да је свака фотографија *ipso facto* ауторско дело, о чему је закон дао последњу реч.¹

У данашње време велики је утицај дигиталне технологије на настаanak ауторских дела, што се одражава и на фотографију, која осим бележења слика из реалног живота на одговарајућој подлози, хемијским путем, настаје и дигиталним путем.² На овај начин умножавање записа постаје лако и доступно, изједначено је са приступом ауторском делу, пошто нема телесног носача фотографије у класичном смислу. Стога се уместо

1 Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Београд, 1999, 134. Технолошки развој је довео до коришћења електронске методе за дигитално бележење слика, које се могу тако произведене чувати на дигиталним носачима и репродуковати на екранима компјутера и умножавати на обичном папиру.

2 Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд, 2014, 141-142. Аутор наводи да се слика у дигиталној технологији бележи тако што се поставља на делове или тачке, чија се места, боја и процес репродуковања одвијају помоћу бинарних бројева. Предност дигитализоване информације је у идентичној репродукцији, у уштеди простора на физичком носачу, у брзом преносу такве информације на даљину путем електромагнетних или светлосних таласа и у могућности лаке класификације, складиштења, претраге, промене, прераде таквих записа.

продаје фотографија, сада приступа давању права на њихово умножавање.³ Многе фотографије, настале на описани начин, доступне су за преузимање путем Интернета. Оне се умножавају и користе јавним саопштавањем и путем оних медија, чији издавачи (медијске куће) нису ангажовали своје запослене да их сачине, нити су их наручили или откупили право умножавања од аутора, њихових наследника или других носилаца ауторског права⁴ или медијских кућа које су то учиниле или које су носиоци искључивих имовинских ауторских права на њихово искоришћавање.⁵ Проблем настаје и у ситуацији када се фотографије објаве, а приликом преузимања није било могуће утврдити ко је њихов творац, будући да су на друштвеним мрежама присутне и фотографије анонимних и непотписаних лица, што стваралаца, што актера забележеног догађаја.

II Настанак записа слике

Нови технолошки поступци и дигитализација су поједноставили настанак записа слике, а тиме се компликује утврђење да ли је реч о оригиналној духовној творевни, па самим тим и заштита таквог производа, као ауторског. Сходно члану 9, став 1. Закона о ауторском и сродним правима, аутор је физичко лице које је створило ауторско дело. Аутором се сматра лице чије су име, псеудоним или знак назначени на примерцима дела или наведени приликом објављивања дела, док се не докаже друкчије (став 2). Аутор дела је носилац ауторског права (став 3). Поред аутора носилац ауторског права може бити лице које није аутор, а које је у складу са ЗАСП стекло ауторско право (став 4).

Оригинална творевина људског духа, изражена у одређеној форми, без обзира на њену уметничку, научну или другу вредност, њену намену,

3 С. Марковић (2014), 143-147.

4 Одредбом чл. 64. Закона о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, прописано је да лице које је уступањем стекло имовинско право од аутора или његовог наследника, може то своје право у целини пренети на другог уз дозволу аутора, односно ауторовог наследника, која није потребна у случају преноса привредног друштва које је носилац имовинског ауторског права.

5 Вид. ЗАСП, чл. 95, 98. У чл. 98. ЗАСП, прописано је да ако је аутор дело створио током трајања радног односа, извршавајући своје радне обавезе, послодавац је овлашћен да то дело објави и носилац је искључивих имовинских ауторских права на његово искоришћавање у оквиру своје привредне делатности, у року од 5 година од завршетка дела, ако општим актом или уговором о раду није другачије одређено. Аутор задржава на делу сва остала ауторска права, а по истеку рока од 5 година, искључива имовинска права на делу стиче аутор.

величину, садржину и начин испољавања, као и допуштеност јавног саопштавања њене садржине, услов је да би се било које дело чији је творац човек, могло сматрати ауторским. Дакле, ауторско дело, као оригинална духовна творевина, је само оно дело које настане као продукт људског ума, односно надахнућа, сензације, импулса, инстинкта, оригиналне идеје која је материјализована у дело које се од других таквих дела разликује у својој посебности.⁶ Стога је веома важно да ауторска дела буду потписана именом ствараоца, ради препознавања у јавности, да би се знало да титулар права на делу, које може бити објекат не само ауторског, већ и својинског, права личности и других права, истовремено штити дело од повреда од стране неовлашћених лица (физичких, али и правних). Аутор спречава да дело буде неовлашћено коришћено, забрањује да се делу промени облик и да буде оскрнављено или прерађено, противи се коришћењу дела на начин који може да штети његовој части и угледу итд.

Дакле, да би дело имало ауторскоправни квалификат и да би потпадало под заштиту коју та врста грађанског права пружа, основно је да га је створио човек, а не случај, апарат, животиња итд. Могуће је замислити ситуацију да нека творевина настане услед дешавања у природи, или несвесном активношћу детета, особе или животиње, када се активира се дугме за снимање и настане фотографија. С обзиром на дефиницију ауторског дела какву познаје важећи Закон о ауторском и сродним правима,⁷ овако настала фотографска дела не могу бити ауторска, јер нису материјализација човекове идеје, као духовне креације. Истовремено, није пресудно да ли ауторска фотографија садржи и уметничку компоненту (што зависи од одабира позиције, светлости, композиције итд.).⁸ Такође,

6 Слободан Марковић сматра да би неко дело било ауторско, неопходно је да буде оригинална творевина човека, а за ауторско дело нису од утицаја практична сврха, одређеност и намена, квалитет, вредносни суд о њему, као ни трошак и труд утрошени за његово стварање, околност да ли је дело довршено или не, уколико већ садржи одлике ауторског. Стога не можемо да оспоримо ауторство творцима дела којима се људи позивају на кривична дела, али можемо на њих да реагујемо цензуром (прим. аутора чланка), вид. С. Марковић, (1999), 124, 125.

7 Вид. ЗАСП, чл. 2.

8 Бернска конвенција о заштити књижевних и уметничких дела од 9.9.1886. године (са изменама и допунама), предлаже у чл. 7, ст. 4. законодавствима земаља држава чланица да пропишу краће рокове трајања заштите за дела фотографије, али не краће од 25 година, почев од реализације таквог дела, што би требало да важи за све врсте фотографија, који рок садржи Закон о ауторском праву – ЗАП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 19/78, 24/86 и 21/90, у чл. 84. од дана њиховог објављивања. Слободан Марковић, наводи да Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 24/98, напушта то схватање у складу са чл. 6. Директиве Европске уније о хармонизацији рока трајања ауторског права и одређених сродних права из 1993. године, јер је фотографија ауторско

постоје и уметничке фотографије, које су посебна категорија ауторских фотографија.

Иако фотографије, као ауторска дела, настају хемијским процесом или помоћу механике и технике,⁹ битан чинилац, који претходи је људски фактор да би се сматрале оригиналном духовном творевином, у смислу одредбе чл. 2. Закона о ауторском и сродним правима, а естетска и уметничка вредност фотографија, нису опредељујуће у том смислу.¹⁰

III Рутинска фотографија

У судској пракси, као спорно, поставило се питање, да ли у ауторско дело спада и *рутинска* фотографија¹¹ која настаје као производ ис-

дело, под истим условима који важе и за остала дела, због чега је дужина рока трајања заштите и за њу иста као и за друга ауторска дела и износи 50 година, вид. С. Марковић (1999), 134. Данас је тај рок у нашем праву 70 година, сходно чл. 102. ЗАСП и Закону о изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима - ЗИД ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011 и 119/2012.

- 9 Фотографска дела су добила ауторскоправну заштиту на Берлинској конференцији за ревизију Бернске конвенције, 1908. године, вид. В. Бесаровић, 267.
- 10 „Оригинално фотографско дело је оно дело које одражава индивидуалност аутора, које производи одређен естетски доживљај на гледаоце и које се по том доживљају разликује од осталих фотографских дела која имају исти објекат“, В. Бесаровић, 267; Д. Милић, *Коментар Закона о ауторском и сродним правима (са судском праксом)*, Нови Сад, 2011, 13-19. У коментару чл. 2, ст. 2. наводи да се ауторским делом сматрају и фотографије и да се штите у свим стадијумима поступка стварања, од негатива до завршетка. Лице које је створило фотографију је аутор, те има право да је користи и да тражи заштиту ауторских имовинских и моралних права.
- 11 „Чињеница је, међутим, да се у пракси тешко врши дистинкција између фотографског дела које испуњава услове за ауторскоправну заштиту и осталих фотографија, те је због једноставније примене, прихваћено у нашој законској регулативи, у Бернској конвенцији и већини националних закона о ауторском праву, друго становиште – сва фотографска дела и дела произведена поступком сличном фотографији, уживају правну заштиту ауторског права. То значи да је свака фотографија (фотографија идентитета, фотографија из аутомата) ауторско дело и ужива правну заштиту. Иако је ово решење добило законску регулативу, оно одступа од општих принципа ауторског права и излази ван оквира ауторскоправне заштите.“ В. Бесаровић, 267. Ради се о регулативи према Закону о ауторском праву - ЗАП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 19/78, 24/86 и 21/90; вид. М. Чекеревца, „Шта је уметничка, а шта рутинска фотографија“, *Политика*, од 22.01.2016. године, објављен је чланак поводом расправе у Скупштини Србије, због аутентичног тумачења Закона о ауторском и сродним правима, јер је Одбор за уставна и законодавна питања оценио да рутински израђена фотографија није ауторско дело и препоручио је Скупштини Србије да усвоји овај став, што због противљења фотографских и новинарских удружења није учињено, јер је наводно, недопустиво да фотографија нема никакву ауторскоправну заштиту. Одбор за уставна и законодавна питања налази да би обична фотографија, као резултат искључиво механичке, рутинске односно физичке радње, требало да има правну заштиту на основу општих принципа грађанског права, али не као ауторско дело. Проблем је настао услед бројних фотографија које су производ развоја техничких уређаја (дигитални фотографски апарати,

кључиво механичког процеса рада апарата, без креативног доприноса аутора, ради документовања предмета или затечене ситуације, без творчевог утицаја на композицију, пропорције, хармонију, светло, дакле, без претходног естетског или неког другог духовног приступа или процене, без личног односа према снимљеном и без идеје да би се записом поручило публици још нешто осим конкретног приказа. Фотодокументација за потребе судског поступка, фотографије сачињене за лична документа, фотографије настале испробавањем рада апарата, без идеје човека и труда око детаља, по мишљењу многих не спадају у категорију ауторских дела, јер у њихово стварање није унет ауторски печат, те им недостаје оригиналност, тј. духовна креативност.¹²

IV Морална ауторска права

Одредбом члана 8. ЗАСП, прописано је да аутор ужива морална и имовинска права, у погледу свог ауторског дела од тренутка његовог настанка. У *морална ауторска права*, која су апсолутна, лична права и делују *erga omnes*, спада *право патернитета* прописано одредбом члана 14. важећег ЗАСП, које аутору даје искључиво право да му се призна ауторство на његовом делу. Следеће морално (неимовинско) ауторско право је *право на назначење имена*. Оно значи да аутор има искључиво право да му име, псеудоним или знак буду назначени на сваком примерку дела и наведени приликом сваког јавног саопштавања дела, изузев ако је то с обзиром на конкретни облик јавног саопштавања дела, технички немогуће или нецелисходно, с тим да се аутор овог права не може одрећи изричито на одређен начин, као што је то предвиђала одредба члана 15, став 2. бившег ЗАСП.¹³ Следеће морално право је *право објављивања* аутор-

паметни телефони и слично), где је допринос човека сведен на саму механичку радњу. У прилогу овом тумачењу Одбора, наводи се и решење Врховног суда Србије од 12.07.2001. године у коме стоји да ауторска дела, па самим тим и фотографије, која уживају законодавну заштиту, треба да су само она ауторска дела, која као творевина људског духа надилазе рутинска, физичка или умна дела, којима се задовољавају свакодневне потребе у животу, професији и раду. Одбор је навео да је овакав правни став изражен и у међународним правним прописима, као и у прописима, односно судској пракси судова бивших југословенских република где се обична фотографија сматра обичном техничком репродукцијом. Скупштина Србије 26.01.2016. године није усвојила предлог аутентичног тумачења ЗАСП, који је изазвао бурне реакције.

12 „Оригинално фотографско дело је оно дело које одражава индивидуалност аутора, које производи одређен естетски доживљај на гледаоце и које се по том доживљају разликује од осталих фотографских дела која имају исти објекат (ауторска и уметничка оригиналност“. В. Бесаровић, 267.

13 Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 24/98.

ског дела, регулисано одредбом члана 16. ЗАСП-а, према којој аутор има искључиво право да објави своје дело и да одреди начин на који ће се оно објавити, а до објављивања дела само он има искључиво право да јавно даје обавештења о садржини дела или да га описује. Морално право на заштиту интегритета дела, прописано је одредбом члана 17. ЗАСП, која предвиђа да аутор има искључиво право да штити интегритет свог дела и то нарочито: 1) да се супротставља изменама свог дела од стране неовлашћених лица; 2) да се супротставља јавном саопштавању свог дела у измењеној или непотпуној форми, водећи рачуна о конкретном техничком облику саопштавања дела и доброј пословној пракси (што је новина овога ЗАСП); 3) да даје дозволу за прераду свог дела.¹⁴ Чланом 18. ЗАСП-а штити се морално ауторско право на супротстављање недостојном искоришћавању дела, по ком основу аутор има искључиво право да се супротстави искоришћавању свог дела, на начин који угрожава или може угрозити његову част или углед.

Одредбом члана 60. ЗАСП-а, прописано је да преношењем имовинскоправних овлашћења аутор не преноси лично правна овлашћења, која су везана за његову личност и не могу бити пренета на друга лица, нити могу бити уступљена, тачније не могу бити предмет располагања аутора за живота. Одређена лица, која закон предвиђа, међу која спадају и наследници, могу вршити овлашћења која се односе на морална ауторска права, после смрти аутора, када долази до њиховог преображаја. Наиме, смрћу аутора престаје право на стварање, измену и повлачење дела из промета и уништење дела, али на наследнике аутора прелази право да се супротставе свакој радњи која би нарушавала интегритет дела, па и измени дела и као и свакој радњи која би вређала успомену на аутора и његово дело.¹⁵

V Имовинска ауторска права

Имовинско право аутора на економско искоришћавање његовог дела, као и дела које је настало прерадом његовог дела, прописано је одредбом члана 19, став 1. ЗАСП, а за свако искоришћавање ауторског дела од

14 „Када одређено лице преузме и објави фотографије из другог дела које је настало прилагођавањем без сагласности аутора тог дела, иако није аутор фотографије, вређа ауторска права и дужно је накнади штету“, (пресуда Врховог суда Србије у Београду Гж 449/91 од 15.05.1991. године и Округног суда у Београду П бр. 4031/87-89 од 04.12.1990. године), вид. Д. Милић, 381.

15 Вид права на пијетет наследника, којом се штити успомена на аутора, присутна је код заштите права на интегритет дела и код права на супротстављање недостојном искоришћавању дела (прим. аутора чланка).

стране другог лица, аутору припада накнада ако тим законом или уговором није другачије одређено (став 2). Одредбом члана 20. ЗАСП, прописано је имовинско *право аутора на бележење или умножавање* свог ауторског дела. Ставом 1. тог члана, предвиђено је да аутор има искључиво право да другоме забрани или дозволи бележење или умножавање свог дела у целости или делимично, на било који телесни и бестелесни, трајни или привремени, посредни или непосредни начин. Умножавање дела постоји независно од броја примерака дела, технике којом су умножена и трајности примерака (став 3). Одредбом члана 21. ЗАСП, статуирано је *право стављања примерака дела у промет*, па тако аутор има искључиво право да другоме забрани или дозволи стављање у промет примерака свог дела, што обухвата и нуђење примерака дела ради стављања у промет, складиштење примерака дела ради стављања у промет и увоз примерака дела. Међутим, сходно ставу 2. овога члана, ово право аутора не делује према оном власнику примерка дела који га је прибавио у Републици Србији од аутора или од ауторовог правног следбеника (*исцрпљење права*). Власник, такође, може слободно отуђити примерак дела које је легално прибавио од аутора или ауторовог правног следбеника. Одредбом члана 65, став 1. ЗАСП, прописано је да пренос својине на оригиналном примерку ауторског дела, не подразумева стицање ауторских права на делу.

Аутор, односно његов правни следбеник може *уступити* поједина или сва имовинска права на ауторском делу другом лицу на искључиво или неискључиво коришћење. Код искључивог уступања ауторског права стицалац права може бити тужилац у спору заштите уговорног права пред судом.¹⁶ Одредбом члана 64. ЗАСП-а прописано је да лице ко-

16 Одредбом чл. 61, ст. 1. важећег ЗАСП, прописано је да аутор, односно његов правни следбеник може уступити поједина или сва имовинска права на своме делу другом лицу. У случају *искључивог* уступања имовинских права, једино је стицалац права овлашћен да на начин прописан уговором искоришћава ауторско дело, као и да уз посебну дозволу аутора, односно његовог правног следбеника, уступа другима то право. Право које стицалац права уступа другима је неискључиво право, ако уговором није другачије одређено (ст. 2). У случају *неискључивог* уступања имовинских права, стицалац права није овлашћен да забрани другоме да искоришћава ауторско дело, нити је овлашћен да уступа другоме имовинско ауторско право (ст. 3). Ако у уговору није назначено да се ради о искључивом или неискључивом уступању, сматра се да се ради о неискључивом уступању имовинских права (ст. 4). Д. Милић, 169, наводи да *код* искључивог уступања права стицалац може имати активну легитимацију пред судом, док код неискључивог уступања стицалац нема то право па не може другоме лицу да забрани искоришћавање дела, нити да неискључиво уступљена му ауторска права, преноси даље или уступа другом лицу.

је је уступањем стекло имовинско право од аутора или његовог наследника може то своје право у целини пренети на другог, уз дозволу аутора, односно ауторовог наследника, али дозвола аутора, односно ауторовог наследника, није потребна у случају преноса привредног друштва које је носилац имовинског ауторског права, предвиђено је ставом 2. овога члана. Наиме, искључивим уступањем ауторског права, од стране носилаца ауторског права, стицаоци тог права могу вршити његов *пренос* (цесију), уз дозволу аутора, односно ауторовог наследника, а без дозволе, ако је у питању привредно друштво које је већ носилац имовинског ауторског права.¹⁷

VI Повреда ауторског права

Одредбом члана 204. ЗАСП-а, прописано је да *повреду* ауторског права представља неовлашћено вршење било које радње која је обухваћена искључивим правима носиоца ауторског права, неплаћање накнаде прописане овим законом или уговором, као и неизвршавање других обавеза према носиоцу ауторског права, прописаних овим законом.

У случају повреде права лице чије је право повређено има право на накнаду материјалне и нематеријалне - моралне штете, у складу са чл. 154-209 Закона о облигационим односима.¹⁸ Претпостављени аутори у судском поступку за заштиту ауторског права¹⁹ и накнаду штете, често не успевају да објасне у чему се огледа оригиналност њихових фотографија, идеја коју су тиме материјализовали, осим што су изричито у томе да су користили фотоапарат датом приликом. Међутим, тешко је утврдити и да ли је особа, која се представља као творац фотографије (чак и под претпоставком да је у питању ауторско дело), тај снимак, односно дигитални фајл, сачинила сама или га је позајмила од аутора, уз његову сагласност, или без ње.²⁰ Зато сходно члану 9. ЗАСП, аутором сматрамо лице

Приликом закључења уговора о уступању права, нужно је уговором изричито да ли се ради о искључивом или неискључивом уступању, 169.

17 Вид. важећи ЗАСП, чл. 95. и 98.

18 Д. Милић, 374.

19 Вид. важећи ЗАСП, чл. 205, ст. 1. и 2. Ставом 2. је прописано да аутор има право на тужбу за накнаду неимовинске штете због повреде својих моралних права.

20 „У неким ситуацијама, тужиоци, који, као аутори претендују на накнаду штете, како материјалне, тако и нематеријалне, тешко могу доказати да су баш они сачинили фотографски, односно видео запис. Као предмет повреде ауторског права прилажу се и фотографије које се не издвајају оригиналношћу, делују као „већ виђене“ и не буде посебан осећај (пријатан, непријатан) и слично, као

чије су име, псеудоним или знак назначени на примерку дела или наведени приликом објављивања дела, док се супротно не докаже.

Када се у судском поступку за накнаду штете затражи да тужилац, као аутор фотографије објасни начин на који је одмерио висину новчане накнаде штете, испостави се да је утужени износ заправо утростручени износ купопродајне цене фотографије или накнаде за њено коришћење, премда се тужбеним захтевом не тражи *плаћање накнаде до троструког износа уобичајене накнаде*, у смислу члана 206. ЗАСП.²¹ То није правилно постављен тужбени захтев за накнаду штете, која је у смислу одредбе члана 155. Закона о облигационим односима, умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење другог физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета).

VII Накнада нематеријалне штете

Накнада нематеријалне штете код повреде ауторског права из домена фотографије, мора бити *сатисфакција* за претрпљене душевне болове, због повреде моралног ауторског права. Одредбом члана 200, став 1. Закона о облигационим односима, прописано је да ће за претрпљене душевне болове због повреде угледа, части, слободе или права личности итд., суд, ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и њихово трајање то оправдавају, досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете, као и њеном одсуству. Ставом 2. истог члана, прописано је да ће суд приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде, водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

уметничке“, Д. Попеску, „Нека спорна питања у спору између аутора фотографија и медија“, *АНЕМ публикација* 9, Београд, 2013, 14-17.

21 „Ова накнада се не може изједначити са материјалном штетом, чије се постојање, починилац, противправност штетне радње и узрочна веза између штетне радње и последице, морају доказати пред судом у сваком конкретном случају. С друге стране, код постављања захтева за исплату до троструког износа уобичајене накнаде, утврђује се зла намера или крајња непажња повредиоца права (дакле, не штетника), као и износ уобичајене накнаде, спрам самог ауторског дела и његовог аутора. Овде је важно подсетити се да свака накнада не мора представљати пун износ троструке уобичајене, већ може бити у распону од уобичајене накнаде, до тог лимита, што би требало да зависи од кривице повредиоца права“, Д. Попеску (2013).

Неповредивост психичког (и физичког) интегритета личности, гарантована је чланом 25. Устава Републике Србије, који истовремено у члану 35, став 3. гарантује и право на накнаду штете (материјалне и нематеријалне), непосредно од шетника, под законом одређеним условима. Но, да би се имало право на новчану накнаду нематеријалне штете по основу повреде било ког заштићеног добра, као објекта неког субјективног права (па тако и моралних ауторских права),²² неопходно је да аутор претрпи повреду још једног права, које спада у домен права личности, а то је право на психички интегритет, као и да наступе последице повреде тог права у виду претрпљених душевних болова (и/или страха). У ауторскоправним споровима, услови за новчану накнаду нематеријалне штете су: повреда права на заштићено добро (нпр. на интегритет ауторског дела), која изазива повреду права на психички интегритет аутора (душевне патње због неовлешћене измене тог дела), што се одражава на поремећај његове душевне равнотеже услед јачине претрпљених душевних болова (и/или страха) и/или дужине њиховог трајања и то је нематеријална штета за аутора. Зато у случају повреде неког од ауторскоправних овлашћења која произлазе из моралног ауторског права, није штетна сама повреда ауторскоправног добра, ако поводом те повреде изостану и последице које настају повредом психичког интегритета аутора, као његовог личног добра и објекта права личности.²³

VIII Тарифирање повреде права

У поступку утврђивања права на накнаду нематеријалне штете у ауторским споровима, не може се пресуда темељити једино на утврђеној повреди ауторског права, по принципу тарифирања повреде (нпр. за једно скраћивање било које фотографије следује по 50.000,00 динара накнаде и исто толико за неозначавање имена било ког аутора, било које фотографије).²⁴ Таква пракса води комерцијализацији људске личности и не представља накнаду штете, већ грађанску казну за починиоца повреде,

22 Вид. важећи ЗАСП, чл. 14 – право патернитета (право на признање ауторства); ЗАСП, чл. 15 – право на назначење имена или псеудонима аутора на делу; ЗАСП, чл. 16 – право објављивања ауторског дела; ЗАСП, чл. 17 – право на заштиту интегритета дела; ЗАСП, чл. 18 – право на супротстављање недостојном искоришћавању дела.

23 Вид. Архив Апелационог суда у Београду, сентенца из пресуде Апелационог суда у Београду Гж бр. 227/13 од 16.04.2014. године; пресуда Апелационог суда у Београду Гж4 бр. 87/15 од 13.01.2016. године.

24 Вид. Архив Апелационог суда у Београду, Гж бр. 1524/13, Гж бр. 1606/13, Гж бр. 6245/13, Гж бр. 3946/2014, Гж бр. 5107/14, Гж 4 бр. 14/15.

ако нематеријална штета за аутора, у виду поремећаја психичке равнотеже, није ни настала. Осим тога, судска пресуда код нас није извор права.²⁵ Зато је потребно посматрати сваки случај издвојено и различито третирати повреду ауторског права за ексклузивне фотографије, фотографије настале изузетним физичким напором, или оне које су сачињене уз опасност по живот аутора, у односу на типске, односно рутинске.

Уколико је приликом неовлашћеног коришћења фотографије повређено више моралних ауторских права, *накнаду штете је могуће досудити као јединственоу*, изазвану деловањем више фактора, пошто је често, готово немогуће утврдити која је повреда моралног ауторског права довела до нематеријалне штете и да ли је свака од повреда са истим уделом допринела поремећају психичке равнотеже аутора. Може се сматрати да је тада до нематеријалне штете дошло заједничким деловањем међусобно повезаних фактора. Када се не може утврдити који ју је од њих тачно проузроковао, исправно би било досудити јединственоу накнаду, али не простим сабирањем, у судској пракси уобичајених износа накнада по тим основима, већ одмеравањем правичне новчане накнаде, као сатисфакције за поремећај психичке равнотеже аутора, изазваном наведеним узроцима.

IX Висина накнаде неимовинске штете

Неимовинска штета, као повреда личних права или интереса, не одражава се у имовини оштећеног. Висину њене накнаде суд досуђује по слободној оцени, према одредбама члана 232. Закона о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, ако утврди да странци припада право на накнаду ове штете, а висина износа се не може утврдити или би се могла утврдити само са несразмерним тешкоћама. Приметно је у споровима ради накнаде нематеријалне штете због повреде моралних ауторских права,²⁶ занемаривање нашег позивитноправног режима,²⁷ досуђивањем

25 Пресудом Врховног суда Србије Гж бр. 56/06 од 05.07.2006. године, се наводи да је ирелевантно за одлуку у конкретном случају то што је својевремено пресудом једног другог суда, која је потврђена пресудом Врховног суда Србије, тужиоцем делу признат статус ауторског, које тиме није добило законску заштиту, као ауторско, у другом поступку, јер судска пресуда *није извор права, па не представља позитивно материјално право, које би везивало суд за доношење одлуке у тој правној ствари*, вид. Д. Милић, 34.

26 Вид. важећи ЗАСП, чл. 14-18.

27 Према Закључку заједничке седнице Савезног суда, Врховних судова република, покрајинских и Врховног војног суда, који је објављен 15.10 1986. године, који став се још увек примењује у судској пракси, новчана накнада нематеријалне штете може се досудити оштећеном

новчане накнаде за саму повреду права, без утврђења постојања нематеријалне штете, која и код повреде моралног ауторског права настаје само када се због тога претрпе душевни болови и/или страх.

Услов за новчану накнаду нематеријалне штете настале услед повреде било ког објекта заштићеног права је да мора бити правична у смислу члана 200. ЗОО, дакле, у корелацији са значајем повређеног добра за титулара права, због чега је и настао поремећај психичке равнотеже те особе. Стога се накнада штете досуђује *услед повреде психичког интегритета* појединца, манифестованог душевним боловима и /или страхом, одређене јачине и дужине трајања. То значи да бол или страх кратког трајања и /или слабог интензитета, нису у стању да изазову *поремећај психичке равнотеже* и представљају основ за одбијање тужбеног захтева, а не за одмеравање нижег износа новчане накнаде.

Х Уместо закључка

Схватање да Закон о ауторском и сродним правима штити свако, па и фотографско дело које није резултат оригиналне духовне творевине човека, директно је супротстављено условима прописаним одредбама члана 2, став 1. и члана 9. ЗАСП, који важе за сва ауторска дела. Аутор је физичко лице које је створило ауторско дело, као оригиналну духовну творевину.²⁸ Није у духу наведеног закона да се, као ауторско дело, штити производ технике, који није оригинална духовна творевина, а да ли је фотографија ауторско дело, може се утврдити путем вештачења.²⁹ Новчана накнада нематеријалне штете настале услед повреде било ког објекта заштићеног права, па и ауторског, мора бити правична, а досуђивање накнаде по основу пуког настанка повреде ауторског права, у одсуству нематеријалне штете, представља тарифирање повреде ауторског права.

само ако настане у једном од признатих видова нематеријалне штете (претрпљени физички и/или душевни болови и /илио страх) и ако је оправдавају интензивни и/или дуготрајни болови и страх.

28 В. ЗАСП, чл. 9. и 2, став 1.

29 Вид. коментар члана 2. ЗАСП, у коме се аутор позива на пресуду Врховног суда Србије у Београду Гж 125/05 од 14.11.2006. и пресуду Окружног суда у Београду П бр. 1519/00 од 12.05.2005. године, где се наводи да утврђење да ли је нека људска творевина резултат духовног рада знања, даровитости, оригиналности и као таква ауторско дело или није, представља чињенично питање, које се утврђује одговарајућим доказним средствима, па и вештачењем у области у којој је та људска творевина остварена, без чега нема ауторског дела, ни услова за ауторско правну заштиту из члана 172. Закона о ауторским и сродним правима – ЗАСП, *Службени лист СРЈ*, бр. 24/98. Д. Милић, 33-34.

Dragica POPESKU, PhD
Judge Court of Appeal in Belgrade

PHOTOGRAPHY AS A WORK OF AUTHORSHIP

Summary

The viewpoint that the Law on Copyright and Related Rights protects all photographic work, even that which was not created as a result of man's spiritual creation, is directly opposed to the provisions of Article 2, paragraph 1, item 9 and Article 9 of said Law, since the Law provides the same condition for photography as a work of authorship – that it emerged as an intellectual creation of man. Therefore, the question of whether the photographs are ipso facto works of authorship must be viewed in the context of said Law as a whole, teleologically interpreting what the legislator wanted to protect. It is not in the spirit of the Law on Copyright and Related Rights to protect ordinary technical products without original contribution of the human mind, as works of authorship. Whether a photograph is a work of authorship, can be determined by expertise in particular cases, but in order for it to be considered a work of authorship, it is essential that it was created by human intellect, not that it was made automatically, by chance, etc. Photography is considered a work of authorship under the same conditions as other works of authorship, and thus has the same duration of protection under the Law.

In order for non-material damage to occur, it is necessary for the author who aspires to monetary compensation due to infringement of moral rights in all legally recognized forms, to withstand mental pain and/or fear as its aspects. Concurrently, mere infringement of copyright is not a sufficient condition for monetary compensation; compensation awarded on that basis leads to “tariffing violations of rights”, which is not in the spirit of the Law on Obligations.

Key words: *photographic work, man's spiritual creation, photography, non-material damage, tariffing violations of rights.*

др Соња ЛУЧИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПОЈАМ И ДОПУШТЕНОСТ ПАРОДИЈЕ АУТОРСКИХ ДЕЛА

Резиме

Директива 2001/29 Европског парламента и Већа о усклађивању одређених аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву у чл. 5, који је насловљен „изузеци и ограничења”, у ст. 3 прописује: „Државе чланице могу предвидети изузетке или ограничења права наведених у члановима 2 и 3 у следећим случајевима: ... (к) коришћења ради карикатуре, пародије или пастиша”. Европски Суд је имао прилику да у пресуди у правној ствари С-201/13 од 17. априла 2013. године тумачи појам пародије у смислу чл. 5 ст. 3 тач. к Директиве 2001/29. Аутор у раду анализира ову пресуду и указује да су европске границе пародије, онако како их је Европски суд поставио у својој пресуди, са једне стране широке, пошто не захтевају раздвајање са изворним делом. Имајући у виду и садржински недовољно континуирано одмеравање интереса, ове границе могу такође бити уске и неодређене. То би могло имати за последицу да се убудуће посебно критичка пародија може сматрати повредом ауторског права, што неоправдано ограничава слободу пародије.

Кључне речи: *ауторско право и сродна права, повреда права, пародија, изузеци и ограничења, аутономан појам права Уније.*

І Увод

Пародија је хумористички жанр, која је од њеног настанка у античкој Грчкој омиљена у свим епохама и културним круговима.¹ Од почетка историје овог феномена пародије су се изводиле из чистог задо-

1 Ernst Hefti, *Die Parodie im Urheberrecht*, Berlin, 1977, 1.

вољства.² Изобличена имитација туђег стваралаштва доживљавана је као посебна вежба способности и вештине. Познати свет је све окретао наопачке и жонглирао разним елементима, једино ради забаве и добре комедије. Тек касније откривена је прилика да се у пародији испољи критика у неозбиљној духовитој форми. Пародија омогућава другачије и упечатљивије представљање у односу на тумачење и анализу једног дела, јер она првенствено није намењена разуму и интелекту публике, али може чулно и емотивно да се доживи.

Поред имитације и смешно искривљена варијација је карактеристика пародије. Особи која изводи пародију неопходан је извор за који се шала пародисте може „закачити”. Пародија притом задржава формални облик туђег дела или преузима све саставне делове непромењене, преувеличава или мења позајмљена обележја, али тако да се делу подмеће једна нова изјава. Кроз дисхармонију садржине и форме пародија добија чудну двоструку структуру у близини и истовремено удаљености од извора.

Извор који је предмет пародије може бити ауторско дело. То је разлог због ког се уметничка форма пародије више од два века конфронтира са посебном сметњом – ауторским правима.³ Интереси аутора и особе која ствара пародију су међусобно супротстављени и треба их на неки начин измирити. Међународне конвенције, попут Бернске конвенције и Универзалне конвенције о ауторском праву нису се бавиле овим проблемом. То је био разлог због ког су многе државе у националним законима морале да граде решење овог проблема. Та решења су током времена мењана, тако да данас већина европских земаља по узору на Директиву ЕУ о информатичком друштву (у даљем тексту: Директива 2001/29) својим националним законима предвиђају слободу пародије.⁴

Ауторско право и када регулише пародију, чини то са ограниченим циљем. Ауторско право заправо не може да постави опште границе пародије у односу на интересе особе која ствара пародију или генерално

2 Највероватније прве пародије су били комични епови који су се наслањали на Хомерове стихове. Као „проналазач пародије” поред Хипомакса помиње се пре свега Хегемон са Тасоса. Ипак, као први пародист сматра се Аристотел.

3 Kerstin Mauch, *Die rechtliche Beurteilung von Parodien im nationalen Urheberrecht der Mitgliedstaaten der EU*, Frankfurt am Main, 2003, 2.

4 Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, и 29/2016 – одлука УС, чл. 54а ст. 1 тач. 1: „Дозвољена је слободна прерада објављеног ауторског дела ако се ради о: пародији или карикатури, ако то не ствара забуну или не може довести до стварања забуне у погледу извора дела”.

да гарантује уставом загарантовану слободу пародије и сатире, онако како су то у позицији да чине кривично право, уставно право или опште право личности. Напротив, ауторско право се бави само конкретним питањима, да ли и под којим условима треће лице може у сврху пародије да користи туђе ауторско дело без сагласности аутора и без финансијске надокнаде. Ипак, ауторско право има значајан утицај на обликовање слободе пародије: пародију без изворног дела које је предмет пародије тешко је замислити. Сувише широко одређивање употребе ауторских дела за потребе стварне или наводне пародије у великој мери би штетило интересима аутора.⁵ Са друге стране, сувише рестриктивно ауторско право доводи у питање слободу пародије на начин који сакади јавни дискурс.

Слобода сатире и пародије поново се враћа у центар јавне дискусије, нарочито после напада на сараднике француског сатиричног магазина Шарли Ебдо и на Културни центар у Копенхагену. Намеће се питање да ли ауторско право са своје стране доприноси да се обезбеди слободан простор за критичка испољавања, која истовремено представљају повреду ауторског права, при чему са једне стране, интереси аутора морају бити очувани у довољној мери, а са друге стране овај простор мора бити обликован тако да ова слобода не жртвује интересе и осетљивост појединих група. О томе ће бити речи у наредном делу рада.

II *Vrijheidsfonds/Vandersteen* – пресуда Европског суда

1. Стање ствари

Johan Deckmyn је члан политичке странке *Vlaams Belang*,⁶ а непрофитни статутарни циљ *Vrijheidsfonds* удружења јесте давање финансијске и материјалне подршке тој политичкој странци. Током пријема поводом Нове године који је белгијски град Гент организовао 9. јануара 2011. године, *Deckmyn* је дистрибуирао календаре за 2011. годину у којима је он био наведен као одговорни уредник. На насловној страни тих календара налазио се спорни цртеж. Реч је о цртежу који је наликовао цртежу са насловне стране албума стрипа *Suske en Wiske* насловљеног „*De wilde Wel-doener*” (у преводу: дивљи добротинитељ), који је *Vandersteen* израдио током 1961. године, а чија француска верзија носи наслов „*La tombe hindoue*”. Каснији цртеж приказивао је једног од главних ликова тог албума, обученог у белу тунику, како баца кованице особама које их покушавају

5 Maximilian Haedicke, „Beschränkung der Parodiefreiheit durch europäisches Urheberrecht”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, Nr. 7–8/2015, 665.

6 Фламманска националистичка партија која се залаже за независност Фландрије.

скупити. На спорном цртежу тај лик замењен је приказивањем градоначелника Гента, а особе које скупљају новац замењене су приказивањем особа прикривених велом и другом бојом коже.

Сматрајући да спорни цртеж и његово саопштавање јавности вређају њихова ауторска права, *Vandersteen* и други поднели су Првостепеном суду у Бриселу тужбу против *Deckmyn* и *Vrijheidsfonds*. У међувремену, Суд је туженима наложио престанак коришћења тог цртежа под претњом новчане казне. Против првостепене пресуде, оптужени су уложили жалбу, у којој су посебно истакли да је цртеж о коме је реч у главном поступку политичка карикатура која улази у допуштену пародију на темељу чл. 22 ст. 1 тач. 6 белгијског Закона о ауторском и сродним правима.⁷ Тужиоци из првостепеног поступка су оспорили то тумачење будући да према њиховом мишљењу пародија мора задовољавати одређене услове који у овом случају нису били испуњени, односно мора имати критичку сврху, бити оригинална сама по себи, имати хумористичан дух, настојати исмејати изворно дело и не преузимати од њега већи број елемената приказивања него што је то строго нужно за остварење пародије. У том контексту такође, тужиоци су навели приговор да спорни цртеж преноси дискриминацијску поруку, будући да су особе које у изворном делу скупљају бачене кованице замењене особама покривеним велом и другом бојом коже.

У тим условима жалбени суд је одлучио да прекине поступак и упутио је Европском суду у Луксембургу следећа питања која се односе на тумачење чл. 5 ст. 3 тач. к Директиве 2001/29:

1. Да ли је пародија аутономан појам права Уније?
2. У случају потврдног одговора на прво питање, мора ли пародија испуњавати следеће услове или садржати следећа обележја:
 - имати сопствено оригинално обележје (оригиналност);
 - имати такво обележје да се пародија не може разумно приписати аутору изворног дела;
 - бити усмерена на хумор или исмејавање, независно од тога да ли се евентуална критика односи на изворно дело или на нешто друго или на другу особу;

7 „Након што је дело законито објављено, аутор не може забранити ... карикатуру, пародију или пастиш” (чл. 22 ст. 1 тач. 6 белгијског Закона о ауторском и сродним правима од 30. јуна 1994. године).

- назначити извор дела које је предмет пародије?

3. Да ли дело мора испуњавати друге претпоставке или имати друга обележја да би се сматрало пародијом?

2. Пресуда Европског суда

Пре него што је Велико веће Суда у Луксембургу дало одговор на прво питања, Суд је подсетио да према устаљеној судској пракси и начела једнакости произилази да се појмови из одредбе права Уније која не садржи никакво изричито упућивање на право држава чланица за утврђивање његовог смисла и домета у целој Унији требају тумачити на аутономан и уједначен начин, који треба пажљиво изабрати, узимајући у обзир контекст и циљ одредбе о којој се ради.⁸ Из тог разлога Суд је на прво питање одговорио да чл. 5 ст. 3 тач. к Директиве 2001/29 треба тумачити на начин да појам „пародија” из те одредбе представља аутономан појам права Уније. У својој пресуди Суд је истакао да факултативно обележје изузетка у чл. 5 ст. 3 тач. к Директиве 2001/29 не поништава то тумачење. Наиме, тумачење према коме су државе чланице које су увеле тај изузетак слободне да ближе одреде параметре на неусклађен начин, који се могу разликовати од једне до друге државе чланице, противно је циљу наведене директиве.⁹

Другим и трећим питањем, које је требало испитати заједно, жалбени Суд који је упутио захтев је заправо питао Суд у Луксембургу о начину на који треба схватити изузетак пародије прописане у чл. 5 ст. 3 тач. к Директиве 2001/29. Жалбени суд је нарочито питао да ли појам пародије зависи од присуства одређених услова које је набројао у свом другом питању.

На друго и треће питање Велико веће Суда у Луксембургу је одговорило да чл. 5 ст. 3 тач. к треба тумачити на начин да су битна обележја пародије, с једне стране, позивање на постојеће дело уз приказивање приметних разлика у односу на њега, и са друге стране, изражавање хумора или исмејавање. Појам „пародија” у смислу те одредбе не подлеже условима према којима пародија мора имати властито оригинално обележје које се не састоји само у томе да садржи приметне разлике у односу на изворно дело које је предмет пародије, мора се моћи приписати другој особи која није сам аутор изворног дела, мора се односити на само изворно дело или мора назначити извор дела које је предмет пародије.

8 Пресуда Европског суда *Padawan*, C-467/08. Текст пресуде је доступан на адреси: <http://www.lexetius.com>, 15.5.2016.

9 У том смислу Суд је упутио на пресуде *Padawan* и *ACI Adam*, C-435/12. Текст друге пресуде је доступан на адреси: <http://www.lexetius.com>, 15.5.2016.

С обзиром на наведено, примена у конкретној ситуацији изузетка пародије у смислу чл. 5 ст. 3 тач. к Директиве 2001/29 мора поштовати праведну равнотежу између, с једне стране, интереса и права особа наведених у чл. 2 и 3 те Директиве и, с друге стране, слободе изражавања корисника заштићеног дела који се узда у изузетак пародије у смислу чл. 5 ст. 3 тач. к.

На суду који је упутио захтев је оцена, узимајући у обзир све околности у предмету у главном поступку, поштује ли ту праведну равнотежу примене изузетка пародије у смислу чл. 5, ст. 3, тачка к Директиве 2001/29, под претпоставком да цртеж о коме је реч у спорном поступку испуњава наведена битна обележја пародије.

III Последице широког схватања појма пародије

Европски суд се у својој *Vrijheidsfonds/Vandersteen* пресуди определио за широко схватање појма пародије. Последица таквог схватања је опасност да се свака политички некоректна пародија квалификује као повреда ауторског права. Осим тога, постоји могућност да се као повреда ауторског права квалификује и пародија у основи које се налазе осетљиве теме попут религије или ксенофобије. Такође, и друге заинтересоване групе као што су вегани, заштитници животиња, противници глобализације, ген технологије или вакцинације могу се осећати дискриминисано и да се сходно томе гласно супротставе одређеној пародији. Осим тога, могући су и одређени притисци на аутора, да предузме мере против наводне дискриминирајуће пародије, јер она вређа осећања одређених група. Кориснику би једино био дозвољен приступ делу, само ако се оно користи на хумористичан начин. Примера ради, у анализираном случају да *Johan Deckmyn* изворно дело није користио за екстремистичку, него за умерену партију, и да је такво коришћење било без елемената дискриминације, као на пример приказивање само расипања новца, такву употребу аутор не би могао да забрани.

Појам дискриминације је дифузан, јер може да обухвати не само критичко, него и хумористичко расправљање. Примера ради, могуће је замислити да слику Обеликса,¹⁰ чију физиономију на вратима тоалета посматра нага жена, аутор оцени као мизогинистичку или чак као дискриминацијску против едиповаца, и да сходно томе забрани такву дискриминацијску пародију.¹¹ Сасвим је без значаја питање да ли употреба дела може да се квалификује као антитематска и да се сходно томе схвати као

10 Измишљени јунак из серије француских стрипова о Астериксу.

11 М. Haedicke, 669.

допринос процесу изградње јавног мишљења. У случају дискриминације, по себи би постојала повреда ауторског права.¹²

Широко схватање појма пародије и начела која је Европски суд поставио у пресуди *Vrijheidsfonds/Vandersteen* могла би да воде потчињавању слободе пародије забрани дискриминације. На повреди ауторског права засновано одмеравање интереса могло би аутору да омогући да се бори против пародије са религиозном односно антирелигиозном тежњом, пошто критичко расправљање са религиозним темама води ка томе да се једна или друга група осећа дискриминисано. Уколико суд сматра да постоји дискриминација одређених религиозних односно етничких група, што се у многим случајевима може десити, аутор може да забрани свако пародијско расправљање о религији са позивом на његово дело. У духу начела која ја Европски суд поставио у анализираној пресуди, примера ради, наследници Волта Дизнија би свакако могли да се супротставе пародији у којој се Мики Маус приказује са брадом, а Мини Маус са марамом на глави. Дакле, могуће би било да свака илистрација религијске особе у пародији схвати као дискриминацијска и забрани са позивом на повреду ауторског права.

Анализирана пресуда Европског суда, односно начела која су у њој постављена намећу питање да ли су носиоци ауторских права сада у позицији да забране сваку пародију која је увредљива? Ако је тако, да ли се увредљивост односи на ауторска права носилаца или друштво у целини? На ова тешка питања указао је генерални адвокат у свом независном мишљењу на пресуду у случају C-201/13. Он се у ст. 72 фокусира на питање да ли домаћи суд треба да укључи садржај наведене политичке поруке у своју оцену наводног изузетка пародије. С обзиром на дискриминаторски карактер спорног цртежа у календару, генерални адвокат је поставио питање утицаја основних права на обим примене пародије као изузетка од повреде ауторских права. Право које је по његовом мишљењу пресудно за тумачење спорног питања је слобода изражавања. Наравно слобода изражавања треба да буде уравнотежена са другим основним правима која су у вези са спорним случајем, као што је право на достојанство, забрана дискриминације по основу расе или вероисповести. Осим тога, генерални адвокат предлаже главни критеријум за балансирање ових суко-

¹² *Ibid.*

бљених права: то је питање „да ли пародија служи за ширење поруке потпуно супротно најдубљих уверења у друштву”.¹³

Пресуда Европског суда отворила је многа занимљива питања. Као користан додаток анализи овог случаја било би свакако поређење са праксом Суда у којој се бавио сличним питањима балансирања ауторских права и права на слободу говора (на пример недавни случај *Ashby Donald/France*) и утврђена пракса Суда о заштити политичког говора, коме се према пракси Суда даје највиши ниво заштите.

IV Закључак

Пародија је још у античкој Грчкој имала културни значај. Она се врши путем хумористичке прераде изворног дела и представља прикладно средство за изражавање мишљења. Уколико изворно дело ужива ауторскоправну заштиту, принудно настаје конфликт између аутора тог дела и особе која врши пародију. У спору који је у раду анализиран аутори су сматрали да спорни цртеж преноси дискриминацијску поруку која доводи до повезивања заштићеног дела са том поруком. С тим у вези је свакако начело недискриминације на темељу расе, боје коже и етничког порекла, које је конкретизовано Директивом 2000/43 и посебно потврђено у чл. 21 ст. 1 Повеље ЕУ о основним правима.

Европски суд је у анализираној пресуди истакао да су битна обележја пародије позивање на постојеће дело уз приказивање приметних разлика у односу на њега, са једне стране и са друге стране, изражавање хумора или исмејавање. Под претпоставком да спорни цртеж испуњава битна обележја пародије, на суду који је упутио захтев Европском суду је оцена, узимајући у обзир све околности, да ли примена изузетка пародије поштује праведну равнотежу између интереса и права особа наведених у чл. 2 и 3 Директиве 2001/29, са једне стране и са друге стране, слободе изражавања корисника заштићеног дела који се узда у изузетак пародије у смислу чл. 5 ст. 3 тач. к исте Директиве.

Анализирана пресуда Европског суда, односно начела која су у њој изнета изазивају бојазан да пародије, нарочито оне које крше табуе и које су посебно вредне заштите због својих контроверзних тема, могу бити забрањене, уколико особа која врши пародију примењује мотиве које заинтересована страна може сматрати као богохулне, расистичке, мизогинистичке или на други начин дискриминирајуће. Овај тренд је у супротности са јавним

13 Вид. ст. 85 мишљења независног адвоката у случају C-201/13.

интересом, чији је циљ да омогући пародије о контроверзним темама и осигура слободу пародије, посебно у времену у коме се ова слобода масовно доводи у питање. Истовремено, аутори не располажу адекватним механизмима да се супротставе коришћењу свог дела, уколико је једини циљ коришћења да се заштићено дело примени за наглашавање изјаве или забринутост треће стране, под условом да се ова изјава не сматра дискриминаторском. Европски суд се тиме враћа на догматско раздвајање између заштите аутора од неовлашћеног коришћења његових дела, са једне стране и заштите угрожених лица од јавног клеветања, са друге стране.

Sonja LUČIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

THE CONCEPT AND ADMISSIBILITY OF PARODY COPYRIGHT WORKS

Summary

In Case C-201/13, request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the hof van beroep te Brussel (Belgium), the Court (Grand Chamber) decided: the concept of parody in Article 5(3)(k) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, is an autonomous concept of EU law.

Parody is one of the limitations on copyright, contained in Article 5(3)(k) of the InfoSoc Directive. The list of limitations in Article 5 of the Directive is optional, meaning that the Member States are free to decide which of the limitations from the list they will implement into their national laws. The judgment in Deckmyn v. Vandersteen, issued on September 3rd, is about the concept of parody in the EU copyright law and it is meant to clarify two issues: the scope of harmonization of the parody limitation in the Directive and the criteria to be looked at when applying this limitation. The potential impact of the judgment, however, goes well beyond the pure sphere of copyright: at stake here was also the issue of balancing of the fundamental rights, in particular the balance between copyright and freedom of speech.

Key words: *copyright and related rights, infringement, parody, exceptions and limitations, autonomous concept of EU law.*

Др Јелена ЂЕРАНИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Бања Луци

виши научни сарадник Института за упоредно право у Београду

ОДГОВОРНОСТ ИНТЕРНЕТ ПОСРЕДНИКА ЗА ПОВРЕДУ ЖИГА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Европска унија је 2000. године донела Директиву о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта. Овом директивом је, између осталог, регулисана одговорност интернет посредника, тј. услови под којима ће интернет посредници уживати имунитет од одговорности за повреде које учине трећа лица, корисници њихових интернет платформи (режим тзв. „сигурних лука“). ЕУ се определила да ово питање уреди на тзв. хоризонталан начин. То значи да је одговорност интернет посредника за постављање сваке врсте незаконитог садржаја од стране трећих лица уређена униформно, без обзира на то да ли тим радњама долази до повреде ауторског права, права жига или неког другог права. Овакво решење је од самог почетка било предмет оштрих критика, пре свега због различитости између искључивих овлашћења носиоцила ауторског права и овлашћења титулара жига. Осим тога, Директива оставља државама чланицама да неке аспекте одговорности уреду у складу са унутрашњим правним прописима, те је судска пракса унутар ЕУ неуједначена. Стога би требало реформисати нормативни оквир одговорности интернет посредника: с једне стране, да би се уважиле специфичности контекста у коме долази до повреде жига на Интернету, а с друге стране, како би се избегле различите интерпретације одредби Директиве од стране националних судова.

Кључне речи: повреда жига, одговорност, интернет посредник, режим „сигурних лука“, Европска унија.

I Уводне напомене

У процесу комуникације на Интернету учествује велики број субјеката и њихове улоге међусобно се разликују. У контексту употребе жи-

га на Интернету, а за потребе овог рада, могу се издвојити три групе: корисници Интернета, пружаоци интернет услуга и титулари права жига.

Интернет посредници (пужаоци интернет услуга, интернет провајдери) се посредовањем на Интернету баве у оквиру своје делатности. Услуга коју они обезбеђују је, по правилу, комерцијална. Из тога произилази да је њихов интерес у интернет комуникацији брз и ефикасан проток информација између клијената (корисника). Услуге, пак, могу да буду различитог садржаја, а најчешће се диференцирају у три групе: обично посредовање (*mere conduit*), *caching* услуге и *hostig* услуге.¹

С обзиром на убрзани развој дигиталне технологије и појаву масовног коришћења глобале рачунске мреже – Интернета крајем 20. и почетком 21. века, питања у вези са коришћењем жига на Интернету постала су веома актуелна. И док су установљене смернице и регулаторни оквир када је реч о регистрацији жигова као имена домена² и примени територијалних закона за коришћење жигом заштићених ознака на Интернету,³ питање одговорности интернет посредника, тј. онлајн платформи за повреду жигова на њиховим сајтовима и даље је контроверзно. Регулаторни оквир ЕУ у овој области оставља државама чланицама ЕУ да неке аспекте заштите уреде у складу са унутрашњим правним прописима, те је судска пракса унутар ЕУ неуједначена.

Питање одговорности интернет посредника за повреде жига на Интернету веома је сложено, између осталог, и због различитости које постоје између самих онлајн платформи и различитих начина коришћења жигова на Интернету. На сајтовима за аукцијску продају робе, жигом заштићене ознаке се могу користити да укажу на (пре)продају оригиналне робе. У оквиру услуга претраживача, жигом заштићене ознаке се могу појавити као резултати „природног“ претраживања који помажу кориснику у откривању веб-страница које раде са производима који носе жигом заштићене ознаке. Штавише, претраживачи нуде оглашавање услуга

1 Сања Радовановић, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, (уредник Душан Поповић) *Интелектуална својина и Интернет*, Београд, 2015, 86.

2 Вид. Душан Поповић, *Регистрација назива Интернет домена и право жига*, Београд, 2014.

3 Вид. WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet, WIPO Publication No. 845, Geneva, доступно на адреси: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf>, 23. март 2016.

које омогућавају употребу жигом заштићене ознаке као кључне речи за комерцијалне резултате претраге.⁴

Поред ових облика коришћења жигом заштићених ознака на Интернету који би се могли оквалификовати и као подршка слободи изражавања и информисања у дигиталном окружењу,⁵ могућа су и противзаконита коришћења жига. Тако се жигом заштићена ознака може експлоатисати на сајтовима за аукцијску продају робе како би се привукли купци за куповину кривотворене робе. Комерцијални резултати претраге могу да изазову забуну код потрошача. Најчешће се дешава да управо конкурент одабере ознаку истоветну жигом заштићеној ознаци свог такмаца. То може „скренути“ кориснике Интернета ка сајту конкурента, а самим тим и ка његовим производима односно услугама.⁶ Дакле, када је реч о коришћењу и повредама жига на Интернету, мора се узети у обзир специфичност контекста у коме се жиг појављује на Интернету. У супротном, титулари жигова би добили прешироку заштиту у дигиталном окружењу која превазилази опсег њихових искључивих овлашћења и задире у слободу изражавања и информисања и слободу конкуренције.⁷

Уколико би онлајн платформе генерално биле одговорне за проблематичан садржај који постављају корисници, то би утицало на смањење разноврсности онлајн информационих услуга и на даљи развој Интернета.⁸ Интернет платформе би највероватније морале да ограниче своје активности на трансмисију унапред одобрених садржаја са кратке листе провајдера. Тако би се њихов начин рада приближио кабловским мрежама која нуде пре-селектоване садржаје из ограниченог броја извора.⁹

Сходно томе, неопходно је да успостави режим тзв. „сигурних лука“ за онлајн платформе. Признање „сигурних лука“ односи се на имунитет од одговорности за повреде које учине корисници онлајн платформи. Наравно, ово питање треба разликовати од питања да ли начин на који

4 Душан Поповић, „Жигом заштићене ознаке, кључне речи и оглашавање на Интернету“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2011, 928-929.

5 Вид. Wolfgang Sakulin, *Trademark Protection and Freedom of Expression – An Inquiry into the Conflict between Trademark Rights and Freedom of Expression under European Law*, The Hague / London / New York, 2010.

6 Д. Поповић (2011), 929.

7 Martin Senftleben, „An Uneasy Case for Notice and Takedown: Context-Specific Trademarks Rights“, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025075, 23. март 2016, 4.

8 *Ibid.*, 5.

9 Вид. М.А. Lemely, „Rationalizing Internet Safe Harbours“, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 6/2007, 101.

саме онлајн платформе користе жигом заштићене ознаке може довести до директне поврде.¹⁰

У првом делу рада представљен је регулаторни оквир ЕУ у вези са одговорношћу интернет посредника за повреде жига. Реч је пре свега о Директиви о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта којом су предвиђени услови под којим се интернет посредник може сматрати одговорним, тј. услови под којима ужива имунитет од одговорности („сигурне луке“). Европски законодавац определио се за тзв. хоризонтални приступ, што значи да је одговорност интернет посредника за повреде које учине трећа лица уређена униформно, независно од тога да ли је реч о повреди жига, ауторског или неког другог права. Овакав приступ изазвао је оштре критике дела доктрине. Други део рада посвећен је разлозима због којих би питање одговорности интернет посредника за повреде жига на Интернету требало да буде уређено посебно, имајући на уму специфичну природу и ограничења права жига и сходно томе специфичности његовог коришћења на Интернету.

II Директива о електронској трговини

С обзиром на динамику развоја дигиталне технологије у последњој декади 20. века, Европска комисија је у новембру 1998. године предложила доношење директиве у којој би се уредиле услуге информационог друштва. Директива (ЕЗ) бр. 2000/31 о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта донета је 8. јуна 2000. године.¹¹

1. Хоризонтални приступ

Европска унија изабрала је да питање одговорности пружаоца услуга на Интернету уреди на тзв. хоризонтални начин. То значи да је одговорност посредника за постављање сваке врсте незаконитог садржаја од стране корисника уређена на идентичан начин, без обзира на то да ли њиховим радњама долази до повреде ауторског права, повреде жига, не-

10 Вид. G. Dinwoodie, M. Janis, „Lessons From the Trademark Use Debate“, *Iowa Law Review*, 92/2007, 1703.

11 Директива (ЕЗ) бр. 2000/31 од 8. јуна 2000 о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта, *Службени лист ЕЗ*, бр. Л 178 (даље: Директива о електронској трговини).

лојалне конкуренције, говора мржње или постављања било које друге врсте забрањеног материјала.

Овакав приступ европски законодавац образлагао је тиме да пружалац услуга спроводи исту техничку радњу – било да се бави услугом обичног посредовања, *catching* услугом или *hosting* услугом у вези са садржајем треће стране – независно од врсте садржине која је у питању. Пошто посредник изводи исту радњу и потпуно је неутралан и пасиван у односу на садржај, ЕУ сматрала је логичним да се успостави скуп правила која се примењују на све области.¹² Још током припремне фазе Директиве о електронској трговини усвојено је да ће питање одговорности интернет посредника бити уређено на тзв. хоризонталан начин. Сходно томе, приликом расправе о Директиви о ауторском праву уопште није било речи о одговорности интернет посредника. Директива о ауторском праву у информационом друштву, донета у мају 2001. године,¹³ не садржи одредбе о одговорности интернет посредника, већ упућује на Директиву о електронској трговини.¹⁴

Овакво решење је од самог почетка било предмет оштрих критика дела научне и стручне јавности. Критичари се углавном позивају на право САД у коме одговорност интернет посредника подлеже потпуно различитим критеријума, у зависности од тога да ли одговорност у питању проистиче из повреде ауторског права или других врста незаконитог садржаја (повреде права жига или неког другог права).¹⁵

12 E. Crabit, „La directive sur le commerce électronique. Le projet Méditerranée”, *Revue du Droit d’Union Européenne*, 4/200, 749.

13 Директива (ЕЗ) бр. 2001/29 од 22. маја 2001. године о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, *Службени лист* Л 167.

14 На основу тачке 16 Преамбуле Директиве о ауторском праву одговорност за активности у електронском окружењу не односи се само на ауторско и сродна права, већ и на остале области као што су клеветање, преварно оглашавање или повреда жига, и обрађена је хоризонтално у Директиви (ЕЗ) Европског парламента и Савета бр. 2000/31 од 8. јуна 2000. о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине, на унутрашњем тржишту која појашњава и хармонизује различита правна питања у вези са услугама информационог друштва укључујући и електронску трговину. Ова директива треба да се спроведе у временском оквиру сличном оном за спровођење Директиве о електронској трговини, пошто та директива предвиђа хармонизован оквир принципа и одредби релевантних, између осталог, за важан део ове директиве. Ова директива не утиче на одредбе које се односе на одговорност у тој директиви.

15 Одговорност интернет посредника за повреде ауторског права регулисана је Законом о ауторском праву у дигиталном миленијуму из 1998. године (енг. *Digital Milenium Copyright Acta – DMCA*). Проблем одговорности пружаоца услуга у свим другим областима регулисан је Законом о пристојности у комуникацијама из 1996. године (енг. *Communications Decency Act – CDA*). Вид. М. Peguera, „The

2. Режим „сигурних лука“

На основу Директиве о електронској трговини, ограничење одговорности је условљено чињеницом да:¹⁶

а) провајдер није знао и није морао знати за незакониту радњу или информацију и, у погледу захтева за накнаду штете, није знао за чињенице или околности из којих су незаконите радње или информације биле очигледне; или

б) провајдер је, након што је сазнао или постао свестан, реаговао хитно како би уклонио или онемогућио приступ информацији.

Дакле, Директива о електронској трговини предвиђа имунитет провајдера и у погледу грађанскоправне и кривичноправне одговорности,¹⁷ и прописује два различита услова када је реч о степену знања. Да би се ослободио одговорности за накнаду штете, потребно је да пружалац услуге није знао и није морао знати за незакониту радњу или информацију и није имао свест о чињеницама и околностима из којих је незаконита радња или информација била очигледна. Када је реч о кривичноправној одговорности, пак, ова одредба се тумачи тако да чак и када је пружалац услуге имао одређени степен свести (у смислу да је знао за чињенице или околности из којих су незаконите радње или информације биле очигледне), уживаће имунитет, докле год није знао или није морао знати за незакониту радњу или информацију. У сваком случају, пружалац услуге и даље ће уживати имунитет који му омогућавају одредбе о „сигурним лукама“, уколико хитно уклони информацију након што добије одговарајуће знање или информацију.

Међутим, Директива о електронској трговини не објашњава шта доводи до „знања“ или „свести о чињеницама или околностима“ из којих су незаконите радње или информације очигледне. У оцени чињенице да је постојала свест о повреди, односно околност да је провајдер знао или морао знати за повреду путем услуге коју он пружа, узимају се у обзир различита мерила: да ли је интернет посредник знао за повреду и на који

DMCA Safe Harbours and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems“, *Columbia Journal of Law and the Art*, 32/2009.

16 Директива о електронској трговини, чл. 14, ст. 1.

17 Commission first Report on the application of Directive 2003/31/EC, at 12 COM (2003) 702 final (November 21, 2003), („Ограничења одговорности предвиђена Директивом су успостављена на хоризонталан начин, што значи да покривају одговорност, и грађанску и кривичну, за све врсте незаконитих радњи које су иницирале треће стране“).

начин (формално или неформално), да ли се то сазнање односи на конкретан неовлашћени садржај, те које су то околности из којих је он могао црпети сазнање о недозвољеном коришћењу ауторских дела или жига. Потоње се у пракси чини највише спорним, због чињенице да пружаоци интернет услуга немају обавезу да врше надзор над интернет саобраћајем који се одвија у оквиру пружене услуге,¹⁸ осим уколико таква обавеза не произилази из одлуке судске или управне власти за конкретан случај.¹⁹ Међутим, управо је судска пракса појединим својим одлукама, на посредан начин, подигла ову обавезу на општи ниво.²⁰

3. Изрицање привремених мера

Европски концепт „сигурних лука“ не ограничава могућност изрицања привремених мера против пружаоца услуга. Као што је предвиђено у преамбули Директиве о електронској трговини ограничење одговорности посредног пружаоца услуга не утиче на могућност привремених мера различитих врста; такве привремене мере могу се састојати од судских налога или налога управних органа којима се захтева окончање или спречавање неког прекршаја, укључујући уклањање незаконитих информација и онемогућавање приступа истим.²¹

Овај принцип, начелно предвиђен у преамбули, даље је разрађен у свакој одредби Директиве о електронској трговини која се односи на „сигурне луке“ било да је реч о радњама обичног посредовања (*mere conduit*), *catching* услугама и *hosting* услугама. Што се тиче радњи обичног посредовања и *catching* услуга, одредбе Директиве не утичу на могућност да суд или управни орган, у складу са правним системом државе чланице, захтева од пружаоца услуге окончање или спречавање повреда.²² Поред тога, у случају *hosting* „сигурних лука“, Директива предвиђа да та одредба не утиче на могућност да државе чланице утврде поступке којима се уређује уклањање или онемогућавање приступа информацијама.²³

Дакле, на основу ове директиве посреднику се може наметнути и, на неки начин, проактивна обавеза да спречи повреде убудуће. Наредбе

18 Директива о електронској трговини, чл. 15, ст. 1.

19 Директива о електронској трговини, чл. 15, ст. 2.

20 С. Радовановић, 93.

21 Директива о електронској трговини, преамбула, тач. 45.

22 Директива о електронској трговини, чл. 12, ст. 3. (*mere conduit*), чл. 13, ст. 2. (*catching* услуге), чл. 14, ст. 3. (*hosting* услуге).

23 Директива о електронској трговини, чл. 14, ст. 3.

ове врсте – које могу да подразумевају надзор, тј. контролу над системом како би се спречило да се спорни садржај који је већ уклоњен поново постави на Интернет – морају ипак да буду довољно специфичне како се не би повредила забрана из члана 15. Директиве о електронској трговини. Овим чланом предвиђено је да државе чланице не могу да уведу општу обавезу за пружаоце услуга да при пружању услуга из чланова 12, 13. и 14. надзиру информације које се преносе или похрањују нити општу обавезу да активно траже чињенице или околности које би указивале на противзаконите активности.²⁴ Неки судови су одбили привремене мере чији је циљ да спрече повреду убудуће уз образложење да би тиме повредили члан 15. Са друге стране, границе ове забране су на неки начин не-сигурне, пошто Директива оставља простора да се прихвати наметање обавезе надзирања под условом да нису „опште“ по природи. У преамбули Директиве о електронској трговини предвиђено је да државама чланицама није дозвољено да прописују обавезе надзирања за пружаоца услуга као обавезе опште природе; то се не односи на обавезе надзирања у појединачним случајевима, а посебно не утиче на привремене мере државних органа у складу са националним законодавством.²⁵

У сваком случају, Директива о електронској трговини не обавезује државе чланице да обезбеде привремене мере у својим националним правима, већ предвиђа да „сигурне луке“ не спречавају изрицање привремених мера против посредника, докле год су оне у складу са националним правом. Дакле, могућност изрицања привремених мера зависи од права сваке државе чланице, и разликује се од државе до државе, и од области до области.

4. Економска корист пружаоца услуге

Иако Директива о електронској трговини не помиње изричито услов да пружалац услуге, да би могао да се позива на имунитет, не сме имати директну економску корист, судска пракса држава чланица ЕУ га је установила. Економска корист, пак, не мора потицати непосредно од лица које неовлашћено користи жиг, већ је услов задовољен и ако је пружалац интернет услуга на посредан начин прибавио добит која је у вези са неовлашћеним садржајем.²⁶

24 Директива о електронској трговини, чл. 15, ст. 1.

25 Директива о електронској трговини, преамбула, тач. 47.

26 Душан Поповић, „Повреда ауторског права и сродних права на Интернету: преиспитивање улоге посредника“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2010, 583.

5. Поступак обавештења и уклањања

Директива о електронској трговини не садржи одредбе о поступку обавештења и уклањања (енг. *notice and take down*). Директива настоји да охрабри добровољне споразуме у оквиру индустрије, као што је и прописано у прембули. Постојеће, али и новонастајуће разлике у законодавствима и судској пракси држава чланица у погледу одговорности пружаоца услуга који делују као посредници спречавају несметано функционисање унутрашњег тржишта, посебно успоравањем развоја прекограничних услуга и нарушавањем тржишне конкуренције. Ова директива би требало да буде одговарајућа основа за развој брзих и поузданих поступака уклањања и онемогућавање приступа незаконитим информацијама; такви механизми могу се развити на основу добровољних споразума између свих заинтересованих страна и државе чланице би требало да их подстакну; усвајање и спровођење таквих поступака у интересу је свих страна укључених у пружање услуга информационог друштва.²⁷

И док се ненаметање поступка обавештења и уклањања сматрало адекватним у почетном стадијуму, Директива предвиђа могућност да се у будућности донесе амандман којим би се увео такав поступак. Ипак, до тога још није дошло.

Овај приступ фаворизовања споразума између страна довео је до неуједначених резултата. Чини се да је споразум био постигнут у неким земљама између пружаоца интернет услуга и титулара права, мада са мало или без публицитета. Мали број земаља је усвојио законодавство које спроводи поступак обавештења.²⁸

6. Идентификација корисника услуга

Директива о електронској трговини предвиђа да државе чланице могу утврдити обавезе за пружаоце услуга информационог друштва да одмах обавесте надлежне органе јавне власти о наводним противзаконитим радњама или информацијама које предузимају односно пружају корисници њихових услуга или обавезу да надлежним органима на њихов захтев доставе информације које омогућавају идентификацију корисника њихових услуга са којима имају споразум о похрањивању информација.²⁹ Дакле, Директи-

27 Директива о електронској трговини, преамбула, тач. 40.

28 Вид. М. Регуера, 490.

29 Директива о електронској трговини, чл. 15, ст. 2.

ва само предвиђа обавезу да се открију информације за пружаоце *hosting* услуга, а не за оне који служе само као обични посредници.

Треба напоменути да Директива о електронској трговини није једина релевантна у овој области. Директива (ЕЗ) бр. 2006/24 од 15. марта 2006. године о задржавању података који су произведени или процесуирани у вези са одредбама о јавно доступним услугама електронске комуникације или јавних комуникационих мрежа настоји да хармонизује законодавство држава чланица у вези са комуникацијима и обавезама пружалаца услуга на Интернету да задрже одређене податке које су они произвели или процесовали.³⁰ Примењује се на саобраћај и локацију података и на правна и физичка лица и на повезане податке неопходне да се открије претплатник или регистровани корисник,³¹ али не и на садржај електронске комуникације. Циљ ове директиве је да осигура да подаци буду доступни у сврхе истраге, откривања и процесуирања озбиљних кривичних дела, као што је дефинисано у националном закону сваке државе чланице.³² Подаци могу бити предати надлежној националној власти у специфичним случајевима и у складу са националним законом.³³

Стога, могућност титулара права (како права жига тако и ауторског права) да добије информацију од пружаоца услуге о појединцима који наводно користе услуге за повреду права напослетку зависи од националног закона државе чланице. Штавише, европско право о заштити података прописује обавезу поверења, искључујући могућност откривања таквих информација, осим ако су државе чланице одабрале да усвоје специфично законодавство које омогућава ову комуникацију личних података као неопходну да се заштите права других. Европски суд правде сматра да док државе чланице нису спречене да намећу обавезу откривања личних података у оквиру грађанских поступака за повреду права жига или ауторског права, оне такође не морају да успоставе такву обавезу.³⁴

30 Директива (ЕЗ) бр. 2006/24 о задржавању података који су произведени или процесуирани у вези са одредбама о јавно доступним услугама електронске комуникације или јавних комуникационих мрежа (даље: Директива о задржавању података).

31 Директива о задржавању података, чл. 1, ст. 2.

32 Директива о задржавању података, чл. 1, ст. 1.

33 Директива о задржавању података, чл. 4.

34 М. Регоера, 493.

III Разлози за успостављање специфичног режима одговорности интернет посредника за повреду жига

Жиг је субјективно право којим се штити ознака која служи за обележавање робе или услуга одређеног произвођача односно пружаоца услуге. Дакле, основна функција ознаке у жиговном праву јесте да обележи робу односно услуге које потичу од њеног титулара. Ознака несумњиво има и друге функције, али све оне не морају бити заштићене правом. Тим пре што жигом заштићене ознаке не представљају творевине упоредиве са ауторским делима или проналасцима. Реч је о тзв. псеудотворевинама које не настају као резултат стваралаштва са индивидуалним духовним обележјима човека, већ као функција одређене привредне делатности. Приликом тумачења појма коришћења жигом заштићене ознаке та њена суштинска карактеристика се не сме занемарити.³⁵

Стога се заштита ознаке жигом и овлашћења која проистичу из овог права не могу упоређивати са широким кругом искључивих овлашћења која уживају носиоци ауторског права. Између ауторског права и права жига постоје бројне разлике чија анализа превазилази границе овог рада. Стога ћемо указати само на неке од њих, које су значајне у контексту залагања за успостављање посебног режима одговорности интернет посредника за повреду жига.

1. Различита образложења за заштиту

Када је реч о разлозима за признање овлашћења у области интелектуалне својине, типична образложења су она у вези са подстицајем и наградом. Према утилитаристичком образложењу подстицаја, могућност економског искоришћавања интелектуалног добра искључиво је резервисана за ствараоца како би се охрабрило стваралаштво и осигурало стварање интелектуалних добара за укупну добробит друштва. С друге стране, тешко је доказати да у друштву постоји потреба за стварањем жигом заштићених ознака. Штавише, жигови и поруке које они преносе често доприносе томе да одлука потрошача у вези са куповином буде мање објективна, а да трговац са објективно најбољом понудом, а без познатог жига, нема одговарајући успех на тржишту.³⁶

35 Д. Поповић (2011), 946.

36 R. S. Brown, „Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols“, *Yale Law Journal*, 108/1999, 1619 (наведено према: М. Senftleben, 8).

Ни аргумент природног права о награди не може се применити у контексту права жига. Додуше, титулар жига утроши и време и новац за стварање одређеног бренда. Стога, аргументи законитости и правде сугеришу да резултат ових напора припада њему. Међутим, упоређујући жиг са интелектуалним творевинама, као што су књижевна и уметничка дела и патенти, јасно је да титулари жигова, ипак, не заслужују да буду награђени у истој мери као аутори и проналазачи.

И док ауторска дела и проналасци, након истека рока трајања заштите, постају део јавног домена и тако доприносе богатству културне баштине човечанства, жиг може бити монополисан *ad infinitum* од стране титулара жига сталним обнављањем регистрације и коришћењем у трговини. Инвестирање у стварање бренда је појединачна, маркетиншка одлука за коју титулар жига не може да очекује награду друштва као целине. Дакле, оба класична образложења – аргумент у вези са подстицајем и аргумент у вези са наградом – непримењива су у праву жига.

2. Различит обим заштите

Коришћење жигом заштићене ознаке на Интернету од стране неовлашћеног лица не доводи нужно до повреде. Да би се установила повреда жига на онлајн платформама – сајтови за аукцијску продају робе, претраживачи, услуге оглашавања на основу кључних речи – неопходна је детаљна оцена контекста у коме се жиг појављује.³⁷ Тако, на пример, када је реч о коришћењу жигом заштићене ознаке као кључне речи за резултате комерцијалне претраге на Интернету, за констатацију повреде није довољно да је жигом заштићена ознака само неовлашћено коришћена. Корисници услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге чине повреду жига само уколико оглас не омогућава просечном кориснику Интернета да утврди да ли рекламирана роба односно услуга потичу од титулара жига или од лица које је са њим повезано, или то омогућава, али само у ограниченој мери.³⁸ Коришћење ознака истоветних или сличних жигом заштићеним ознакама за активирање огласа на Интернету, не представља, дакле, повреду жига *per se*. Слично, појачана заштита славних жигова од разводњавања захтева оцену да ли је употреба у питању повређује дистинктивни карактер (енг. *blurring*) или реноме, репутацију ознаке (енг. *tarnishment*), или стиче неправичну предност захваљујући

37 М. Senftleben, 13-14.

38 Д. Поповић (2011), 939.

ослањању на репутацију или дистинктивност ознаке (енг. *unfair advantage, free riding*).

Дакле, коришћење жигом заштићене ознаке на Интернету од стране лица које није титулар жига, не имплицира да је дошло до повреде, већ морају бити испуњени још неки услови. С друге стране, постављање ауторског дела од стране неовлашћеног лица на онлајн платформама довољно је да се оправда његово уклањање. Како чињење доступним јавности материјала који ужива ауторскоправну заштиту на Интернету представља облик коришћења који спада у искључива овлашћења носиоца ауторског права, обично постављање дела без претходне дозволе указује на повреду.

С тим у вези, јасно је да систем обавештења и уклањања који се односи на жигом заштићене ознаке мора бити у прилагођен специфичном контексту, у смислу да се могу узети у обзир ограничења права жига. У супротном би титулар жига имао превелику контролу над комуникацијама на Интернету која превазилази оквире његових искључивих овлашћења. Проблем неовлашћеног коришћења жигом заштићених ознака може се посматрати и у контексту заштите људских права, пре свега слободе говора (изражавања). Проширење обима заштите коју жиговно право пружа означи значајно би ограничило слободу говора и довело нас у ситуацију да неке ознаке не смемо јавно да користимо.³⁹

Дакле, поступак обавештења и уклањања не може се униформно примењивати и на ауторско право и на право жига. Управо због различитог обима заштите, такав поступак би пружао или титуларима жига превелика овлашћења у вези са уклањањем (уколико се усклади са ауторским правом) или носиоцима ауторског права недовољно овлашћења (уколико се усклади са специфичним контекстом у коме се успоставља заштита жигом). У жиговним системима са хоризонталним режимом „сигурних лука“, као што је систем жига ЕУ, суд је тај који је дужан да изврши ова нијансирања у зависности од специфичности сваког конкретног случаја.

IV Закључна разматрања

Како би одговорила на убзани развој дигиталне технологије и појаву масовног коришћења Интернета, Европска унија је 2000. године донела Директиву о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тр-

39 *Ibid.*, 945-946.

жишта. Овом директивом регулисана је одговорност интернет посредника за повреде које су извршила трећа лица користећи њихове интернет платформе и успостављен јережим тзв. „сигурних лука“ за онлајн платформе. Европска унија изабрала је да питање одговорности пружаоца услуга на Интернету уреди на тзв. хоризоналан начин. То значи да је одговорност интернет посредника за постављање сваке врсте незаконитог садржаја од стране корисника уређена униформно, без обзира на то да ли њиховим радњама долази до повреде ауторског права, жига или неког другог права.

Међутим, овакво решење је од самог почетка било предмет оштрих критика, пре свега, због различитости овлашћења која произилазе из права жига и ауторског права. Обим заштите у случају жигом заштићене ознаке много је другачији у односу на искључива овлашћења из ауторског права. Коришћење жига на Интернету од стране неовлашћеног лица не доводи нужно до повреде, као у случају ауторског права, већ је потребно да буду испуњени и неки додатни услови. Стога би примена јединственог поступка обавештења и уклањања довела до прекомерне заштите жига у дигиталном окружењу која превазилази обим заштите у праву жига. Узимајући у обзир разлике између права жига и ауторског права, потребно је да успостави посебан режим „сигурних лука“ конципиран у складу са специфичностима права жига.

С обзиром на различитост тумачења релевантних одредби Директиве од стране националних судова држава чланица, Европска комисија је 2010. године отпочела консултације у вези са потребом и начинима спровођења реформи у овој области. Након што су се о овом питању изјаснили бројни заинтересовани субјекти, Комисија је донела одлуку да реформе нису потребне.⁴⁰ Међутим, чини се да је такав приступ више опредељен чињеницом да су ставови интересних група толико међусобно различити да је евидентно тешко остварити компромис.⁴¹ Уместо тога, Комисија се одлучила да отпочне преиспитивање Директиве о спровођењу права интелектуалне својине, како би се хармонизација остварила на хоризонталном нивоу, уједначавањем пре свега поступка обавештења и уклањања. Осим тога, у оквиру пројекта Јединственог дигиталног тржишта (*Digital Single Market*), Дигитална агенда за Европу 2020 (*Digital Agen-*

40 EU Commission Communication (COM 2011) 942, „A Coherent Framework for Building Trust in The Digital Single Market for e-commerce and online services“, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communication2012/COM2011_942_en.pdf, 11. април 2016.

41 С. Радовановић, 95.

da for Europe 2020)⁴² засигурно ће поново отворити поменута спорна питања регулисана Директивом о електронској трговини.

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

LIABILITY OF INTERNET INTERMEDIARIES FOR TRADEMARK INFRINGEMENT IN THE EUROPEAN UNION LAW

Summary

During the last decades, the issue of trademarks and Internet has become more and more complex, especially the question of liability of online platforms for the use of trademarks on their sites. In 2000, the European Union adopted the Directive on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce in the Internal Market. The EU chose to tackle the issue of Internet Service Providers liability in so-called horizontal manner – that is drafting the safe harbours to cover intermediaries' liability for any kind of unlawful content provided by their users, whether it constituted copyright infringement, trademark infringement, defamation, unfair competition, hate speech or any other type of illicit material. This solution was criticized from the very beginning. Trademark rights are a specific type of intellectual property. Instead of constituting exploitation rights, they are granted to safeguard market transparency. So, trademark law is not comparable with the broad exploitation rights awarded in copyright law (different rationale of protection, different scope of protection, need for specific notice and take down standard etc.). It becomes clear that a notice and take down system relating to trademarks must be context-specific enough to allow the consideration of the inherent limits of trademark rights. Otherwise, overbroad control over online communications will be offered that does not correspond to the scope of the underlying exclusive rights. However, Digital Agenda for Europe 2020 will certainly reopen certain controversial issues regulated by the E-Commerce Directive.

Key words: *trademark infringement, liability, internet intermediaries, safe harbours regime, European Union.*

⁴² Digital Agenda for Europe 2020, доступно на адреси: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/europe-2020-strategy>, 11. април 2016.

Др *Јасмина ВУКОТИЋ*
Доцент на Факултету за примењени менаџмент, економију
и финансије у Београду
Универзитет Привредна академија у Новом Саду

КАРАКТЕРИСТИКЕ ИЗДАВАЧКОГ УГОВОРА

Резиме

У раду се разматрају појам и елементи издавачког уговора, као и права и обавезе уговорних страна. Издавачки уговор је сходно позитивном праву именовани ауторски уговор, којим аутор или други носилац ауторског права уступа односно преноси на издавача овлашћење на умножавање дела штампањем и на стављање примерака тако умноженог дела у промет, а друга страна се обавезује да пренета овлашћења врши и да аутору исплати накнаду уколико је она уговорена. И Преднацрт Грађанског законика РС регулише издавачки уговор, те се у раду разматрају и решења предвиђена у њему и врши упоређивање са позитивним решењима, као и са одређеним решењима у упоредном праву.

Кључне речи: *издавачки уговор, аутор, издавач, Преднацрт Грађанског законика РС, умножавање, стављање у промет, ауторска накнада.*

I Појам издавачког уговора

Издавачким уговором аутор, односно други носилац ауторског права уступа, односно преноси на издавача право на умножавање дела штампањем, и на стављање у промет тако умножених примерака дела, а издавач се обавезује да дело умножи и стави примерке у промет, као и да за то плати накнаду, ако је уговорена, аутору односно другом носиоцу ауторског права, а ако ауторско дело није објављено уговором се издавачу даје дозвола за објављивање дела.¹ Из законске дефиниције произила-

¹ Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСР, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 и 119/2012, чл. 73, ст. 1.

зи да аутор уступа, а његов правни следбеник уступа или преноси издавачу овлашћења за умножавање дела штампањем и за стављање примерака дела у промет, док се аутор обавезује да та овлашћења врши и да аутору или његовом правном следбенику плати накнаду, ако је уговорена.²³

У теорији се на различите начине дефинише издавачки уговор. Тако сходно једној дефиницији „издавачким уговором аутор, односно носилац ауторског права преноси на издавача право објављивања књижевног или уметничког дела под одређеним условима, док се издавач обавезује да дело за свој рачун умножи и да се стара о његовом растурању“.⁴⁵

Посматрајући претходно наведену дефиницију издавачког уговора и законску дефиницију може се закључити да се у овој последњој обавезује аутор или други носилац ауторског права да на издавача пренесе право објављивања дела, док сходно законској дефиницији издавачким уговором се само даје дозвола за објављивање дела уколико ауторско дело пре тога није било објављено, а аутор односно други носилац ауторског права уступа односно преноси на издавача право на умножавање дела и то штампањем и право на стављање тако умножених примерака дела у промет.

У Преднацрту Грађанског законика РС издавачки уговор је одређен као уговор којим аутор уступа издавачу право да објави његово одређено дело и обавезује се да му у ту сврху преда дело припремљено за објављивање, а издавач се обавезује да дело умножи у одређеном броју примерака и да те примерке стави у промет.⁶

Приликом одређивања појма издавачког уговора треба одредити разлику између права на објављивање дела са једне стране и права на умножавање и права на стављање примерака дела у промет. Право на објављивање дела као једно од ауторових субјективних моралних права се

2 Сличну дефиницију издавачког уговора налазимо и код Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, 2. издање, Београд, 2014, 223; Зоран Миладиновић, *Право интелектуалне својине*, Крагујевац, 2009, 288; Весна Бесаровић, *Интелектуална својина - Индустијска својина и ауторско право*, 5. издање, Београд, 2011, 334-335.

3 Што се тиче форме уговора, то је по правилу формални уговор, с тим што издавачки уговор чији је предмет издавање чланака, цртежа и других ауторских прилога у новинама и периодичној штампи не мора да буде закључен у писаној форми. Вид. ЗАСП, чл. 74.

4 Михаило Стојановић, *Издавачки уговор (законодавство, теорија и пракса)*, Београд, 1967, 7-8.

5 О различитим дефиницијама издавачког уговора у нашем и у упоредном праву вид. М. Стојановић, 6-7.

6 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, радни текст, доступно на адреси: http://www.propisi.com/assets/files/gradjanski_zakonik_RS-prednacr.pdf, 21.3.2016, чл. 1012.

састоји у одлуци аутора да ли ће и у ком облику и на који начин дело објавити, приказати или на други начин изложити јавности.⁷ И Закон о ауторском и сродним правима РС одређује објављивање дела као једно од моралних права аутора на тај начин што аутор има искључиво право да објави своје дело и да одреди начин на који ће се оно објавити, те да до објављивања дела само аутор има искључиво право да даје обавештења о садржини дела или да описује своје дело.⁸ Начини објављивања дела могу бити различити и подразумевају у себи све облике саопштавања дела јавности, а један од облика може бити издавање дела односно његово умножавање и стављање примерака дела у промет. У теорији има схватања да је право на објављивање дела садржано у праву на коришћење дела, односно да објављивање има поред моралних и имовинскоправне компоненте.⁹ Сходно позитивном законодавству објављивање дела је искључиво морално право аутора, које има и одговарајуће имовинскоправне последице, али није неко мешовито право. Дело се не може објавити без дозволе аутора, а дозвола може бити садржана и у издавачком уговору ако дело није раније објављено. Давање дозволе за објављивање дела не значи да је аутор издавачу уступио право објављивања, јер право објављивања као морално право не може бити предмет уступања. Аутор може уступити само имовинскоправна овлашћења из садржине свог права односно може издавачу уступити право на умножавање и стављање примерака свог дела у промет,¹⁰ а не и право на његово објављивање с обзиром да се у овом другом случају ради о личноправном овлашћењу односно моралном праву аутора. Сходно ЗАСП-у сматра се да је ауторско дело објављено када је на било који начин и било где у свету први пут саопштено јавности од стране аутора односно лица које је он овластио, а да је издато када када су примерци дела пуштени у промет од стране аутора односно лица које је он овластио у броју, који имајући у виду врсту и природу дела, може да задовољи потребе јавности.¹¹ Ауторско дело може да буде објављено само једном, а радњи издавања дела може бити више.

Имајући изнето у виду сматрамо да дефиниција издавачког уговора коју садржи ЗАСП прецизније одређује појам уговора и овлашћења уговорних страна, јер сходно овом закону аутор уступа издавачу право да

7 В. Бесаровић, 310.

8 ЗАСП, чл. 16.

9 Војислав Спаић, *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ*, Сарајево, 1969, 171.

10 Право на умножавање дела и право на стављање примерака дела у промет ЗАСП сврстава у имовинска права аутора и регулише их у члановима 20 и 21.

11 ЗАСП, чл. 7, ст. 1. и 3.

умножи и да стави у промет примерке тако умноженог дела, а не и право на објављивање његовог дела, како је то наведено у Преднацрту Грађанског законика. Са друге стране посматрајући други део дефиниције издавачког уговора садржан у Преднацрту Грађанског законика у коме се наводи да се издавач обавезује да умножи дело и да стави у промет примерке умноженог дела, може се закључити да се и овде ради о уступању имовинскиоправних овлашћења на умножавање и стављање примерака дела у промет, што је сматрамо требало да буде наглашено и у првом делу дефиниције појма издавачког уговора.

II Битни елементи издавачког уговора

Из законске формулације појма издавачког уговора произилазе и његови битни елементи: уступање односно преношење овлашћења на умножавање и на стављање умножених примерака дела у промет од стране аутора односно његовог правног следбеника, која овлашћења је издавач у обавези да врши и да аутору односно његовом правном следбенику плати накнаду ако је уговорена. ЗАСП предвиђа које све елементе садржи ауторски уговор уопште, па следствено томе и издавачки уговор као подврста издавачког уговора. Тако ауторски уговор садржи: имена уговорних страна, наслов односно идентификацију ауторског дела, права која су предмет уступања односно преноса, висину, начин и рокове плаћања ауторске накнаде ако је уговорена, као и садржинска, временска и просторна ограничења ако постоје.¹² Поставља се питање да ли су сви наведени елементи уговора и његови битни елементи. Сходно одређеним схватањима у теорији сви елементи наведени у чл. 69 ЗАСП-а су битни и они морају да буду унети у уговор да би уговор имао карактер ауторског уговора.¹³ Такође, по једном схватању карактеристике издавачког уговора наведене у чл. 73, ст. 1. ЗАСП-а су битни елементи тог уговора, а уговор који не садржи те елементе није издавачки уговор (нпр. уговор о издавању дела која нису ауторскоправно заштићена, уговор у коме нема обавезе издавача да овлашћења користи, уговор којим се преносе друга овлашћења и сл.).¹⁴ Наравно да и неки други елементи могу вољом странака постати битни, под условом да се не одступи од основних карактеристика издавачког уговора наведених у дефиницији тог уговора.

12 ЗАСП, чл. 69.

13 Зоран Миладиновић, „Специфичности ауторских уговора“, *Право и привреда*, бр.7-9/2015, 29.

14 С. Марковић, Д. Поповић (2014), 223.

Аутор једино може да уступи своја имовинскоправна овлашћења, али не може и да их пренесе.¹⁵ Други носиоци ауторског права могу своја овлашћења пренети у потпуности на издавача. Уколико издавачким уговором није нешто друго одређено овлашћења која могу бити предмет уступања се уступају на искључив начин,¹⁶ што значи да је за време важења уговора једино издавач овлашћен да врши уступљена односно пренета овлашћења. Овлашћења која се преносе на издавача морају бити одређена по садржини односно обиму, као и просторно и временски. Под обимом права треба подразумевати како границе у погледу језика и територије на које се уговор односи, тако и сам начин коришћења дела.¹⁷ Што се тиче садржине односно обима коришћења дела она може бити ограничена у том смислу што ће нпр. издавач бити овлашћен да изда само издање са тврдим корицама, само издање у оквиру сабраних дела, само џепно издање, а такође издавач бити овлашћен да изда једно издање или више издања, може се одредити број примерака у издању и слично. У англосаксонском правном подручју је заступљена пракса да се издавачу уступи право коришћења дела у ма ком виду (у форми књиге, у наставцима, у скраћеним верзијама, коришћење у позоришту, радиу, филму и сл.).¹⁸ У нашем позитивном праву обим коришћења дела је ограничен и начином умножавања дела, јер се дело може умножити само штампањем, а не и неким другим обликом умножавања. Уколико би се радило о неком другом облику умножавања онда би уступање таквог овлашћења могло бити предмет неког другог уговора, а не издавачког уговора.¹⁹

Ауторско дело као предмет издавачког уговора мора бити одређено. Преднацрт Грађанског законика то изричито наглашава приликом дефинисања издавачког уговора наводећи да аутор издавачким уговором уступа издавачу право да објави његово одређено дело, а говорећи о искључивом праву објављивања наводи да издавач закључењем издавачког уговора стиче искључиво право да дело објави на језику на коме је написано и у облику одређеном у уговору.²⁰ У ЗАСП-у је предвиђено да издавачким уговором, поред овлашћења на умножавање ауторског дела

15 Ово је последица монистичке теорије о ауторском праву, која ауторско право схвата као јединствено право које у себи садржи више овлашћења, како личноправних, тако и имовинскоправних. О правној природи ауторског субјективног права вид. В. Бесаровић, 300-302.

16 ЗАСП, чл. 75, ст. 1.

17 М. Стојановић, 22.

18 М. Стојановић, 23.

19 ЗАСП, чл.73, ст. 1.

20 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1012. и 1014.

штампањем и на стављање у промет тако умножених примерака дела, аутор или други носилац ауторског права може издавачу уступити односно пренети и право превођења свог дела, као и овлашћење на умножавање и стављање у промет преведеног дела.²¹ Да би се избегла тумачења издавачког уговора битно је да се обим овлашћења која се уступају односно преносе на издавача што прецизније одреди. У немачком праву је предвиђено да предмет издавачког уговора може бити ауторско дело из области књижевности или музике, при чему аутор на издавача преноси овлашћења на репродуковање и на дистрибуцију дела, а издавач се обавезује да пренета овлашћења користи.²²

Издавачки уговор може бити закључен на одређено време и може да важи за територију једне или више држава.²³ Такође, време на које је уговор закључен зависи и од уговореног обима коришћења дела (тако ако је уговорено једно издање онда уговор престаје исцрпљењем тог издања или ако је уговорена висина тиража у оквиру једног издања уговор престаје исцрпљењем уговореног тиража).²⁴ Уколико није уговорено време на које се уговор закључује или оно није ограничено обимом коришћења дела, уговор може да траје најдуже до када траје ауторскоправна заштита за предметно дело. У Преднацрту Грађанског законика је предвиђено да уговор може бити закључен на одређено време које не може бити дуже од 5 година, у ком случају искључиво право издавача престаје истеком тог времена, а у случају када је уговорено да издавач има право да направи више узастопних издања, његово искључиво право престаје када последње издање буде распродато, а најкасније по истеку 3 године од дана када су примерци тог издања стављени у продају.²⁵ Што се тиче просторног важења уговора, уколико у издавачком уговору нема изричитог просторног ограничења, мора се закључити да је издавач стекао овлашћења да користи дело само у држави са којом је уговор најтешње везан,

21 ЗАСП, чл.73, ст. 3.

22 Немачки закон о издавачком праву – *Gesetz über das Verlagsrecht* од 1901. године, *RGBl. S.217*, последњи пут промењен 2002. године, *BGBI. I S. 1155, 1158*, доступно на адреси: <http://www.gesetze-im-internet.de/verlg/>, 28.3.2016, пар. 1.

23 С обзиром на уставно начело јединства унутрашњег тржишта у теорији преовлађује схватање да се право издавача не може ограничити на територију ужу од територије једне државе. Вид. 3. Миладиновић (2015), 31-32.

24 Сходно одредбама чл. 76, ст. 1, тач. 3. и 4. ЗАСП-а уколико није друкчије уговорено издавач има право само на једно издање дела, а ако висина тиража није уговорена, а из пословних обичаја и других околности очигледно не произилази друкчије, тираж износи 500 примерака.

25 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1021. и 1020.

што је у складу са тумачењем уговора у складу са принципом *in dubio pro auctore*.²⁶

Сходно нашем позитивном законодавству накнада за уступање односно пренос овлашћења може, али не мора бити уговорена, тако да се може рећи да она не представља битан елемент уговора. Наравно, уговорне стране су слободне да уговоре ову накнаду и тада она њиховом вољом постаје битан елемент издавачког уговора. Међутим, по одређеним мишљењима у теорији, с обзиром да ауторски хонорар у издавачком уговору одговара цени у купопродајном уговору, односно он представља обавезну престацију издавача, то би се хонорар могао сматрати обавезним елементом издавачког уговора.²⁷ Сходно решењу из Преднацрта Грађанског законика постоји законска претпоставка да аутор има право на накнаду и када она није уговорена осим ако се из околности случаја може закључити да се одрекао тог права.²⁸ Међутим, то не значи да би усвајањем овог решења ауторска накнада постала битан елемент ауторског уговора. Аутор ће у одређеним случајевима, посебно ако је реч о неафирмисаном аутору, желети само да се његово дело изда и то ће бити његова једина сатисфакција, а такође постоји могућност и да се аутор одрекне накнаде.

У упоредном праву постоје два основна начина одређивања ауторске накнаде: паушално (у укупном износу независно од пласмана неког дела) и у зависности од економског ефекта искоришћавања издатог дела (од пласмана дела на тржишту), с тим што је могућа и комбинација различитих начина одређивања накнаде. Економски ефекти искоришћавања дела могу се изразити или као проценат од малопродајне цене или као проценат од прихода које оствари издавач.²⁹ Неки аутори наводе да поред поменута два начина одређивања ауторске накнаде постоји и трећи који се састоји у одређивању накнаде по ауторском табаку.³⁰ У неким земљама, нпр. у Француској је усвојен као главни систем пропорционалног учешћа аутора у приходима које издавач остварује експлоатацијом дела, с тим што се накнада у законом

26 С. Марковић, Д. Поповић (2014), 224.

27 В. Бесаровић, 337-338. О другим ауторима који заступају ово схватање вид. В. Бесаровић, 338, фн. 455.

28 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1034. ст. 2.

29 Ближе о начинима одређивања ауторске накнаде вид. С. Марковић, Д. Поповић (2014), 225-226.

30 В. Бесаровић, 339; М. Стојановић, 42. Интересантно је споменути да се овај начин обрачуна накнаде користио у бившим социјалистичким земљама.

предвиђеним случајевима исплаћује у паушалном износу.³¹ Преднацрт Грађанског законика не ограничава уговорне стране у начину одређивања накнаде, а када је накнада уговорена у извесном проценту од цене продатих примерака дела, предвиђена је обавеза издавача да аутору минимум сваке године доставља извештај о продатим примерцима и обрачун његове награде.³² Преднацрт даље, предвиђа да могућност повећања ауторске накнаде и то ако је уговорена награда у очигледној супротности са приходом који издавач има од објављеног дела.³³ И ЗАСП предвиђа могућност измене уговорене накнаде у случају када се коришћењем дела оствари добит која је у очигледној несразмери са уговореном ауторском накнадом, као и могућност уговарања накнаде у случају када ауторска накнада није уговорена, а приход остварен коришћењем дела премашује трошкове његовог коришћења у мери која омогућује плаћање ауторске накнаде. Право на измену уговора застарела у субјективном року од 2 године од сазнања за постојање несразмере односно за приход остварен коришћењем дела, а најдуже у објективном року од 6 година од краја године у којој је несразмера наступила односно у којој је приход остварен.³⁴ Из поменуће одредбе ЗАСП-а произилази да право на измену уговора постоји ако је уговорена паушална накнада или ако она није уопште уговорена. Поставља се питање да ли ова одредба важи и у случају када је уговорена накнада пропорционална економским ефектима коришћења дела. Сходно одређеним мишљењима у теорији право на измену накнаде би постојало и у том случају.³⁵ За примену од овог института, наше право захтева да постоји очигледна несразмера између уговорене ауторске накнаде и остварене добити издавача (односно прихода од објављивања дела сходно Преднацрту Грађанског законика). Сходно одређеним мишљењима у теорији, поред тога што несразмера мора бити очигледна, она мора бити последица неочекиваног тока догађаја, у супротном нема места примени овог института јер би се тиме повредио принцип савесности и поштења.³⁶ У упоредном праву за измену уговора је битно да постоји знатна или очиглед-

31 Француски закон о књижевној и уметничкој својини од 1957. године, последњи пут измењен 3. јула 1992. године - Loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000315384>, 25.3.2016., art. 52.

32 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1036.

33 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1035.

34 ЗАСП, чл. 70.

35 Слободан Марковић, „Ауторско уговорно право - креативност на тржишту“, *Страни правни живот*, бр. 2-3/2004, 212.

36 С. Марковић, Д. Поповић (2014), 219-220.

на несразмера између уговорене ауторске накнаде и економског ефекта коришћења дела, с тим што постоје разлике у дефинисању несразмере и у томе шта се сматра релевантним за економски ефекат коришћења дела, приход или добит.³⁷

Поред горе наведених елемената уговора уговорне стране се могу договорити и о другим елементима уговора, а ако не постигну договор о томе примењиваће се диспозитивни законски прописи. Тако ЗАСП предвиђа да издавачки уговор садржи: рок предаје уредног рукописа или другог оригиналног примерка дела, рок за пуштање примерака дела у промет, број издања која је издавач овлашћен да изда, висину тиража једног издања, рок за пуштање у промет примерака наредног издања по исцрпљењу тиража претходног издања и изглед и техничку опрему примерака дела.³⁸

III Права и обавезе уговорних страна

1. Обавезе издавача

Издавачким уговором аутор или други носилац ауторског права уступа или преноси на издавача овлашћења на умножавање дела штампањем и на пуштање у промет умножених примерака дела. Уступљена односно пренета овлашћења издавач је у обавези да врши.³⁹ Издавач је обавезан да предузме све мере и да изврши умножавање дела штампањем у складу са уговором. Уговором се одређује број издања која је издавач овлашћен да изда, као и висина тиража једног издања. Уколико ова питања нису уређена уговором примењују се диспозитивна решења предвиђена у ЗАСП-у, тако да је издавач овлашћен да изда једно издање, а тираж износи 500 примерака дела. ЗАСП предвиђа и обавезу издавача да на захтев аутора односно другог носиоца ауторског права истима омогући коректуру у одговарајућој фази техничког процеса умножавања дела. Издавач је такође у обавези да, ако је уговорено више издања, приликом припреме сваког наредног издања дела омогући аутору дела да унесе одгова-

37 Ближе о појединим решењима у упоредном праву у погледу измене уговорене накнаде, као и могућностима измене уговора у којима првобитно накнада није била уговорена вид. С. Марковић (2004), 211-215.

38 ЗАСП, чл. 76.

39 Ову обавезу издавача предвиђа ЗАСП у чл. 73, ст. 1. Такође, у чл. 71, ст. 1. који се односи на ауторске уговоре уопште је предвиђено да аутор односно његов наследник може раскинути уговор односно ускратити дозволу коју је дао у случају неостваривања односно недовољног остваривања ауторског права.

рајуће измене уз испуњење услова да се тиме не мења карактер дела и да то не представља несразмерно велику обавезу за издавача.⁴⁰ Преднацрт Грађанског законика као обавезу издавача наводи објављивање дела, под којом се подразумева умножавање дела на уговорени начин, у одређеном броју примерака, такво какво је тј. без скраћивања, додатака или каквог другог преиначења дела и стављање тако умноженог дела у продају, а сваки умножени примерак дела мора по правилу носити име аутора или његов псеудоним.⁴¹ Такође, Преднацрт прецизира обавезу издавача да технички опреми издање, у случају да то није одређено уговором или накнадним споразумом са аутором, тако што је дужан опремити издање онако како редовно опрема издања те врсте, а ако таква дела није раније издавао онако како је уобичајено приликом издавања таквих дела.⁴²

Даље, издавач је у обавези да умножене примерке дела стави у промет. Ова обавеза је обавеза средства, а не обавеза резултата, што значи да се исцрпљује у предузимању уговорених и других уобичајених и разумних напора у циљу продаје примерака дела.⁴³ У уговору треба да буде одређен и рок у коме је издавач дужан да отпочне са пуштањем у промет примерака дела, а у случају да овај рок није уговорен он сходно одредбама ЗАСП износи годину дана од дана пријема уредног рукописа или другог оригиналног примерка дела. Даље, издавач је обавезан да се стара о промету примерака дела и да о томе повремено обавештава аутора односно другог носиоца ауторског права.⁴⁴ С обзиром да је обавеза стављања у промет примерака дела обавеза средства, када ова обавеза буде испуњена, издавач има обавезу да, уколико намерава да непродате примерке прода као стару хартију, њих претходно понуди аутору или његовом наследнику на откуп. Сходно одредбама Преднакрта Грађанског законика ако рок објављивања није утврђен уговором издавач је дужан дело објавити у примереном року, а најкасније у року од године дана од дана предаје рукописа, а ако је рок уговорен исти не може бити дужи од 2 године од дана предаје рукописа.⁴⁵ Преднацрт даље предвиђа обавезу издавача да дело стави у промет по уговореној цени, а ако она није уговорена њу ће одредити издавач, који је дужан да претходно саслуша мишљење аутора о томе.

40 ЗАСП, чл. 77, ст. 1, тач. 2. и 3.

41 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1027.

42 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1029. Упоредити ЗОСП, чл. 76, ст. 1, тач. 6. где је само наведено да издавачки уговор треба да садржи и изглед и техничку опрему примерака дела.

43 С. Марковић, Д. Поповић (2014), 226.

44 ЗАСП, чл. 77, ст. 1, тач. 1.

45 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1028.

Једна од обавеза издавача сходно позитивном праву је и да аутору или другом носиоцу ауторског права исплати накнаду уколико је она уговорена. У Преднацрту Грађанског законика ова обавеза издавача је нешто другачије одређена, у смислу да је аутор има право на награду и када она није уговорена, изузев када се из околности случаја може закључити да се аутор одрекао тог права.⁴⁶ Када аутор има право на награду, а она није уговорена, или ако је уговорена а није одређен њен износ, накнаду одређује суд водећи рачуна о свим околностима случаја.⁴⁷ Сходно одредбама немачког закона о ауторском и сродним правима аутор има право на уговорену накнаду, а уколико њена висина није одређена, важи примерена накнада као уговорена, при чему се под примереном накнадом подразумева накнада одређена сходно заједничким правилима о накнади или она која у тренутку закључења уговора одговара оном што је у пословном саобраћају према врсти и обиму коришћења, нарочито трајању и тренутку коришћења, с обзиром на околности случаја, уобичајено и поштено.⁴⁸

2. Обавезе аутора

Из дефиниције издавачког уговора произилази да овим уговором аутор или други носилац ауторског права уступа односно преноси издавачу право умножавања дела штампањем и право стављања у промет тако умножених примерака дела. То је главна обавеза аутора. Даље, уколико дело није објављено аутор уговором издавачу даје дозволу за објављивање дела. Такође, да би издавач могао да испуни своје обавезе из уговора потребно је да му аутор преда уредан рукопис или други оригинални примерак дела. Уколико овај рок није предвиђен уговором сходно одредбама ЗАСП-а исти износи годину дана од дана закључења уговора.⁴⁹ Сходно одредбама Преднацрта Грађанског законика аутор је обавезан да преда издавачу у одређеном року рукописа дела припремљен за штампу,⁵⁰ да јемчи да право објављивања дела које је предмет уговора припада њему, да га није уступио другоме и да на њему нема терета ни ограничене-

46 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1034, ст. 2.

47 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1034, ст. 3.

48 Немачки закон о ауторском и сродним правима - *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz*, vom 9. September 1965, *BGBI. I S. 1273*, последњи пут измењен Законом од 3. децембра 2015. године, *BGBI. I S. 2178*, доступно на адреси: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/urhg/gesamt.pdf>, 25.3.2016, пар. 32.

49 ЗАСП, чл. 76, ст. 1, тач. 1.

50 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1023.

ња,⁵¹ да за време трајања издавачевог искључивог права сам не умножава дело, нити то поверива другоме, и то како дело у оригиналном облику, тако ни скраћено, проширено или иначе измењено дело⁵² и да прегледа отиске и изврши исправку штампарских грешака, под условом да што друго није уговорено.⁵³ Ове обавезе аутора срећемо и у упоредном праву. Тако у француском праву, сходно одредбама Закона о књижевној и уметничкој својини аутор је обавезан да гарантује мирно, и ако другачије није уговорено, искључиво вршење уступљеног права, те да поштује то право и да га брани од сваке могуће повреде. Такође, аутор је дужан издавача ставити у позицију која му омогућава да испуни своју обавезу да производи и дистрибуира примерке дела и дужан је предати издавачу у року одређеном уговором дело у облику који омогућава нормалну производњу примерака дела.⁵⁴ У француском праву, по правилу, дело које се издаје остаје у својини аутора, осим ако није другачије уговорено или ако постоји техничка немогућност,⁵⁵ што је такође предвиђено и у нашем позитивном праву⁵⁶ и у Преднацрту Грађанског законика.⁵⁷ У САД по правилу аутор задржава право својине на рукопису, с тим што је издавач овлашћен да га држи за њега.⁵⁸

И у немачком праву по правилу је са ауторовом обавезом да преда дело издавачу повезана и његова обавеза да му прибави издавачко право тј. да исто гарантује. У параграфу 2, ст. 1 Закона о издавачком праву је предвиђено као правило да је аутор дужан да се за време трајања уговора уздржи од свих радњи умножавања и стављања у промет које су забрањене трећим лицима, док су у ст. 2 истог параграфа предвиђени изузеци од овог правила (случајеви у којима је аутору дозвољено умножавање и стављање у промет примерака дела – за превод на неком другом језику или

51 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1024.

52 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1025.

53 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1026.

54 Француски закон о књижевној и уметничкој својини, чл. 54. и 55.

55 Француски закон о књижевној и уметничкој својини, чл. 55.

56 ЗАСП, чл. 78, који предвиђа да рукопис или други оригинални примерак ауторског дела који је предат издавачу не постаје својина издавача, осим чланака, цртежа и других прилога у новинама и часописима или ако није уговором другачије уговорено.

57 Преднацрт Грађанског законика, чл. 1023, који предвиђа да рукопис остаје својина аутора, ако није што друго уговорено.

58 М. Стојановић, 35; Copyright Act from 1976, доступно на адреси: <https://www.law.cornell.edu/copyright/copyright.act.chapt2.html#17usc202>, 30.3.2016, sec. 202.

на другом дијалекту, за умножавање писаног дела у драмском облику и обратно и сл.).⁵⁹

У неким замљама, као нпр. у Великој Британији и САД у самом издавачком уговору аутор гарантује издавачу да је он једини овлашћен да располаже ауторским правом, да то право није уступио другом издавачу и да његово право није оптерећено правима трећих лица. Такође, у овим земљама у издавачким уговорима се често среће и клаузула конкуренције, којом се аутор обавезује да неће код другог издавача објавити никакво дело којим би се могла нанети штета интересима првог издавача.⁶⁰

Што се тиче обавезе коректуре дела, ова обавеза је у немачком праву обавеза издавача.⁶¹ Напротив, у француском праву ова обавеза аутора није регулисана, а у нашем позитивном праву је предвиђена обавеза издавача да аутору односно другом носиоцу ауторског права на његов захтев у одговарајућој фази техничког процеса умножавања дела омогући коректуру.⁶² У англосаксонском праву нема јединствености у овој области, у неким уговорима коректура је предвиђена као обавеза аутора, али у великом броју уговора није предвиђена ова обавеза аутора.⁶³

IV Закључак

Издавачки уговор је именовани ауторски уговор, регулисан у Закону о ауторском и сродним правима, а такође Преднацрт Грађанског законика РС посвећује овом уговору пажњу, тако што са једне стране нека питања регулише на другачији начин, а са друге стране регулише одређена питања која се појављују у пракси, а која нису изричито регулисана у позитивном праву. У раду се кроз одређивање појма уговора, његових битних елемената и обавеза уговорних страна врши упоређивање постојећих и предложених решења.

59 Немачки закон о издавачком праву, пар. 2.

60 Ближе о формулацијама садржаним у издавачким уговорима у Великој Британији и САД, а које се односе на обавезу гаранције аутора и на његове даље обавезе вид. М. Стојановић, 31-32.

61 Немачки закон о издавачком праву у параграфу 20. предвиђа да издавач има обавезу коректуре, али треба отиске да поднесе аутору на преглед, а сматраће се да су отисци одобрени уколико у одређеном року није уложен приговор од стране аутора.

62 ЗАСП, чл. 77, ст. 1, тач. 2.

63 М. Стојановић, 36-37.

Jasmina VUKOTIĆ, PhD
Associate Professor at the Faculty of applied management, economy
and finance Belgrade
University Business Academy Novi Sad

CHARACTERISTICS OF PUBLISHING CONTRACT

Summary

The paper discusses the concept and elements of the publishing contract, and the rights and obligations of the parties. The publishing contract is, pursuant to applicable law, the agreement, by which the author or other copyright holder licenses or transfers to the publisher the authorization to reproduce the work by printing and to distribute the copies of such reproduced work on the market, and the other party is obliged to perform the transferred powers and to pay to the author the royalty if it is contracted. The Pre-Draft of Serbian Civil Code regulates publishing contract, and the paper also discusses the solutions envisaged in it and performs comparison with the Serbian applicable law in this field, as well as with certain solutions in comparative law.

Key words: *publishing contract, author, publisher, Pre-Draft of Serbian Civil Code, reproduction, distribution, royalty.*

мр Свјетлана ИВАНОВИЋ
виши асистент на Правном факултету Универзитета
у Источном Сарајеву

ЦАРИНСКА ЗАШТИТА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ И РОБА У ТРАНЗИТУ У СВЈЕТЛУ НОВИХ ПРОПИСА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Аутор се у раду бави појединим специфичностима заштите права интелектуалне својине у царинском поступку. Нарочита пажња посвећена је статусу робе у транзиту којом се врши повреда субјективног права интелектуалне својине. Дат је приказ најважнијих одлука Суда правде Европске уније које показују промјену ставова судске праксе од широког до рестриктивног тумачења релевантних одредаба о транзиту робе. Према схватању Суда, роба у транзиту може бити предмет царинског поступка само ако постоји доказ да ће роба бити стављена у промет на подручју Европске уније. Новим прописима Европске уније у области жигова, транзит је предвиђен као искључиво овлашћење титулара жига. Увођење искључивог овлашћења на транзит жига утиче на побољшање положаја носиоца права у царинском поступку, доприноси борби против кривотворења и пиратерије, али истовремено нарушава концепт слободног кретања робе.

Кључне речи: царински поступак, роба у транзиту, право интелектуалне својине, пиратерија, кривотворење.

І Увод

У савременим условима развијене међународне трговине посебну улогу у спречавању трговине робом којом се врши повреда права интелектуалне својине имају царински органи. Прва линија одбране од робе сумњивог поријекла која није произведена у домаћој држави је државна граница. Производи који настају као резултат повреде субјективних права интелектуалне својине уобичајено се називају кривотворени и пиратски производи. Кривотворење и пиратерија су широко распрострањене појаве које могу да изазову негативне посљедице по живот и здравље љу-

ди. Стога, важан сегмент заштите права интелектуалне својине представљају пограничне мјере, односно мјере царинских органа.

Царински органи су овлашћени да контролишу увоз, извоз или транзит робе. Уколико у току царинског поступка посумњају да се ради о роби којом се врши повреда права интелектуалне својине, царински органи могу, на захтјев носиоца права или по службеној дужности, прекинути поступак и привремено задржати робу, односно спријечити њено даље пуштање у промет. Судбина задржане робе зависи од поступања носиоца права и коначне одлуке суда о томе да ли је извршена повреда права или не.

Једно од спорних питања о којем су се водиле бројне полемике, односи се на царински поступак који се примјењује на робу у транзиту. Захваљујући географском положају Европе и укрштању различитих путева на њеној територији, примјена царинског поступка, тачније обустављање робе у транзиту створило је доста проблема у пракси. У претходним годинама, учестале су акције царинских органа, углавном холандских, у којима су пошиљке са лијековима које су из Индије упућене у земље Јужне Америке или Африке, задржане због повреде права интелектуалне својине. Проблем је био у томе што спорни лијекови нису били заштићени патентом нити у земљи поријекла, нити у земљи одредишта. Поступање холандске царине изазвало је бурне реакције и расправе и поново отворило питање статуса робе у транзиту, које се и раније појављивало у судској пракси.

II Нормативни оквир за заштиту робе у транзиту у царинском поступку

Најзначајнији међународни уговор који регулише област принудног спровођења права интелектуалне својине је Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*TRIPS*). *TRIPS*-ом је изричито предвиђено да се одредбе о обустављању пуштања робе у слободан промет не односе на робу у транзиту.¹ С обзиром да *TRIPS* прописује само минимум заштите, државе могу предвидјети и више од тога, односно, могу предвидјети обустављање пуштања у промет робе која је у транзиту. Уредба Европске уније којом се регулише поступак са робом за коју се сумња да се њоме врши повреда права интелектуалне својине не садржи изричиту одредбу о примјени царинских мјера на робу у транзиту.² Међутим, управо су Уредбе које су прет-

1 *TRIPS*, чл. 51, фн. 13.

2 Уредба бр. 608/2013 Европског парламента и Савјета о царинској заштити права интелектуалне својине и стављању ван снаге Уредбе Савјета бр. 1383/2003, од 12. јуна 2013. године, *OJ L* 181/15.

ходиле важећој Уредби тумачене на начин да дозвољавају задржавање или обустављање пуштања у промет робе у транзиту.

Како је већ наведено, *TRIPS*-ом је предвиђено да се царински поступак не примјењује на робу у транзиту, с тим што државе увијек могу предвидјети већи степен заштите од прописаног минимума, под условом да таква заштита није у супротности са одредбама *TRIPS*-а. Питање је да ли је задржавање робе у транзиту у царинском поступку усклађено са *TRIPS*-ом.

Царински поступак задржавања робе за коју се сумња да се њоме врши повреда права, обавезан је само у случају увоза робе. Искључење примјене поступака на робу у транзиту се у теорији различито тумачи. Постоје схватања да у вријеме преговора за закључење *TRIPS*-а, није постојала пракса примјене царинских мјера на робу у транзиту, те да је из тог разлога та могућност искључена.³ Једно од могућих тумачења почива на језичком тумачењу одредаба *TRIPS*-а, према коме *TRIPS* омогућава примјену царинских мјера само у односу на робу која се увози, извози или реекспортује, односно увози ради поновног извоза, те да се примјењује искључиво на робу коју царински органи пуштају у промет.⁴ Основна одлика робе у транзиту је да она није намијењена пуштању у промет и да се у земљи транзита никада не пушта у промет.⁵ Ипак, преовлађује схватање да државе могу предвидјети царинске мјере и на робу у транзиту.

Носилац права који покрене поступак дужан је да достави доказе да на основу закона земље увоза постоји *prima facie* повреда права интелектуалне својине. Дакле, за примјену царинских мјера релевантна је повреда права према закону земље увоза. Уколико се царинске мјере примјењују при увозу робе, онда је то сасвим логично, јер је циљ да се спријечи улазак такве робе на домаће тржиште. Ако се мјере примјењују приликом извоза робе, такође је неопходно да се том робом врши повреда права у земљи увоза. То значи да царински органи могу спријечити да роба којом се врши повреда права интелектуалне својине изађе из државе у којој је произведена, чак и ако се њоме у тој држави не врши повреда

3 Frederric M. Abbott, „Seizure of Generic Pharmaceuticals in Transit Based on Allegations of Patent Infringement: A Threat to International Trade, Development and Public Welfare“, *World Intellectual Property Organization Journal*, 1/2009, 46.

4 Напомињемо да је пуштање, тачније стављање робе у промет искључиво овлашћење носиоца права интелектуалне својине и да царински органи, *strict sensu*, не врше искључиво овлашћење носиоца права.

5 Xavier Seuba, *Free Trade of Pharmaceutical Products – The Limits of Intellectual Property Enforcement at the Border*, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTDS), Issue Paper No. 27, March 2010, 13-14.

права. На крају, исти критеријум би требало узети у обзир и у случају робе у транзиту. Дакле, роба у транзиту би могла бити задржана само у случају да се том робом врши повреда права у земљи увоза.

Уколико постоји опасност да роба у транзиту заврши на тржишту земље транзита, у том случају би фактички постојао увоз а не транзит робе, те би се такође примјењивало право земље увоза. Међутим, ако такве опасности нема, примјена права земље транзита на робу у транзиту, није у складу са одредбама *TRIPS*-а, према којима се повреда права цијени према земљи увоза.⁶ Роба у транзиту би могла да подлијеже царинском поступку једино ако постоји опасност да таква роба буде пуштена у промет на тржишту државе транзита или у случају Европске уније, у било којој држави чланици. Сматра се да таква опасност постоји уколико су се сличне ситуације раније дешавале истом пошљаоцу или примаоцу робе или ако су адресе одредишта или поријекла лажне. Осим ризика да роба заврши на тржишту транзитне земље, постоји могућност злоупотребе процедуре транзита за незаконите активности у ком случају би се царинске мјере такође могле примјенити на робу у транзиту.⁷

Заштита интелектуалне својине у царинском поступку је нарочито значајна за државе чланице Европске уније из разлога што роба која пређе границу државе чланице, не подлијеже више царинској контроли и креће се слободно на цијелом подручју Уније. Захваљујући томе, нормативна активност Уније на овом пољу је била изузетно динамична.⁸ Међутим, Уредбе којима је регулисана ова област нису посебно третирале статус робе у транзиту. У недостатку изричитих одредаба, холандски судови су примјењивали фикцију о производњи,⁹ према којој се роба у транзиту може сматрати робом која је произведена у тој држави, односно у Холан-

6 Thomas Jaeger, Henning Grosse Ruse-Khan, Joseph Drexler, Reto Hilty, *Statement of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the Review of EU Legislation on Customs Enforcement of Intellectual Property Rights*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 10-08, 14.

7 *Ibidem*, 16.

8 Први пропис којим је уређена царинска заштита права интелектуалне својине усвојен је 1986. године. Након тога, услиједиле су Уредбе из 1994, 1999, 2003. године и коначно 2013. године, Уредба која је тренутно на снази.

9 *Manufacturing fiction* – примјена фикције о производњи заснивала се на тумачењу рецитала 8 Уредбе о царинском поступку из 2003. године, према коме за утврђење постојања повреде права интелектуалне својине према националном закону, треба поћи од критеријума који би се користили за утврђење повреде да је роба произведена у држави чланици.

дији, што значи да царински органи могу задржати робу која у земљи поријекла и земљи одредишта не вријеђа права интелектуалне својине.¹⁰

У теорији се истиче да је примјеном фикције о производњи нарушен принцип независности патената, односно независности њихове заштите у различитим државама а тиме и принцип територијалности. Права интелектуалне својине су територијална права чије је дејство и обим заштите ограничен на територију државе у којој је право признато. У последње вријеме, поједини судови почињу да проширују концепт територијалног дејства признатог права јер је за утврђење повреде права понекад неопходно да се сагледају радње извршене у више различитих држава, нарочито када су у питању поједине технолошке иновације. Основ за проширење надлежности налази се у правилима међународног права, према којима судови могу имати надлежност у односу на радњу која се десила ван територије једне државе ако изазива непосредне и значајне посљедице унутар те државе.¹¹

Када је у питању роба у транзиту, један од кључних принципа међународне трговине изричито предвиђен Општим споразумом о царинама и трговини (*GATT*) је принцип „слободе транзита“. Роба у транзиту би могла бити предмет царинског задржавања искључиво у случају да постоји вјероватноћа да би таква роба могла да уђе на тржиште транзитне државе. То може бити једини разлог због којег би роба у транзиту могла бити задржана. У том случају постоји тзв. „лажни транзит“, када се приказује да је роба намијењена одредишту ван територије Уније, а у ствари се ради о роби која ће завршити на тржишту Уније.¹²

III Пракса Европског суда правде

Европски суд правде имао је неколико пута прилику да се изјасни о примјени царинских мјера на робу у транзиту. Један од првих случајева у којима је Суд правде Европске уније одлучивао о примјени царинских мјера на робу у транзиту је случај *Polov Lauren* из 2000. године. Врховни суд Аустрије је затражио од суда одговор на питање да ли се Уредба бр. 3295/94 о мјерама у циљу забране стављања у слободан промет, извоза,

10 Shashanik P. Kumar, „Border Enforcement of IP Rights Against in Transit Generic Pharmaceuticals: An Analysis of Character and Consistency“, *European Intellectual Property Review*, Vol. 32, No. 10, 2010, 506 и даље.

11 F. Abbott, (2009) 44-45.

12 Frederick Abbott, *Respect for Copyright Sovereignty in Transit: The European Court of Justice Decision in the Joined Philips/Nokia Cases*, 2013, FSU College of Law, Law, Business & Economics Paper, 5.

реизвоза и стављања под суспензивни режим пиратских и фалсификованих производа примјењује у случају транзита робе преко територије државе чланице Уније. У спорном случају, носилац права је аустријској царини поставио захтјев за обустављање пуштања у слободан промет робе која је обиљежена заштићеним знаком, ако постоји сумња да се ради о кривотвореној роби. Царински органи Аустрије су приликом контроле задржали пошиљку која је из Индонезије била упућена у Пољску, која, подсјетимо, у то вријеме није била чланица Европске уније. Дакле, у питању је била роба која је из државе која није чланица Европске уније упућена у државу нечланицу преко територије Уније.

Према царинским прописима Уније, стављање под суспензивни режим односи се, између осталог, на екстерни транзит, а екстерни транзит обухвата кретање робе од једног до другог мјеста у Унији ако та роба не потиче из Уније, под условом да не подлијеже увозу. Закључак Суда је да се Уредба изричито примјењује на робу која на путу између двије државе које нису чланице пролази преко територије Уније.¹³ У пресуди се истиче да екстерни транзит робе која не потиче из Уније у одређеној мјери може имати утицаја и на тржиште Уније. Роба која је у транзиту не подлијеже увозу нити било којим другим мјерама јер транзит заправо почива на фикцији да таква роба никада није ушла на територију Уније. Међутим, ситуација у пракси је ипак другачија јер се таква роба често увози из државе ван територије Уније, пролази кроз једну или више држава чланица док не буде извезена у другу државу која није чланица. Под таквим околностима, увијек постоји ризик да кривотворена роба доспије на тржиште Уније.¹⁴

У неколико спорова, Европски суд правде се изјашњавао о роби у транзиту и евентуалној повреди права интелектуалне својине таквом робом. У једном случају, царински органи Француске су под сумњом да се врши повреда жига, задржали пошиљку робе која је из Шпаније упућена у Пољску.¹⁵ Роба је легално произведена у Шпанији и продата купцу у Пољској, а поред ознаке произвођача, на појединим примјерцима налазио се лого француских произвођача аутомобила, за које је продавац иначе израђивао стакла и прозоре. Задржавање робе од стране царинских органа због сумње да се том робом врши повреда права интелектуалне својине супротно је начелу слободног кретања робе, те је постављено питање да ли такво ограничење може бити

13 Пресуда Европског суда правде *The Polo/Lauren Company LP v PT. Dwidua Langgeng Pratama International Freight Forwarders, Polo v Lauren*, C-383/98, 6.04.2000. године, пар. 26 и 27.

14 Пресуда *Polo v Lauren*, C-383/98, пар. 34.

15 Случај је из 1997. године, када Пољска још увијек није била чланица Европске уније.

правдано потребом заштите интелектуалне својине. Титулар жига има искључиво право да своју робу обиљежава заштићеном ознаком да би се његова роба разликовала од робе других учесника на тржишту. На тај начин, титулар жига је заштићен од непоштене конкуренције, односно од конкурената који би продајом нелегално обиљезених производа хтјели да искористе статус и углед заштићене ознаке. Дакле, предуслов је коришћење ознаке у промету и коришћење робе. Међутим, транзит робе која је законито произведена у држави чланици преко једне или више држава чланица у државу која није чланица Уније, не сматра се коришћењем у промету, те се на тај начин не врши повреда жига. Транзит не обухвата стављање робе у промет, па је крајње одредиште такве робе, било оно у држави чланици или не, ирелевантно за сам транзит и за слободно кретање робе. Закључак Суда је да заштита интелектуалне својине не може бити довољан разлог за задржавање робе од стране царинских органа и нарушавање слободе кретања робе.¹⁶

У другом случају, Суд је имао прилику да се изјасни о питању да ли титулар жига може да забрани екстерни транзит или царинско складиштење робе која је обиљезена заштићеном ознаком на територији Уније. У фебруару 2002. године, у Ротердам је стигао контејнер робе (паста за зубе) из Јужне Африке. Након што је утврђено да роба није кривостворена, постављено је питање да ли се робом која је пристигла на територију Уније без сагласности носиоца права, врши повреда права. Пословни субјект под чијом контролом се роба налазила је тврдио да роба није увезена, већ да се налази у транзиту, с тим што мјесто крајњег одредишта, као ни купац нису били познати. Суд у Хагу је упутио неколико питања Суду правде ЕУ, између осталог може ли титулар жига забранити улазак на територију државе чланице у виду транзита, робе која је обиљезена заштићеним знаком, а који се врши без његове сагласности.

Роба која се налази у транзиту, тачније у царинском поступку екстерног транзита не подлијеже увозу нити било којим другим царинским мјерама. Чињеница да се роба физички налази на територији једне државе не значи да ће бити стављена у промет у тој држави, односно да ће бити увезена. Ако роба није пуштена у промет, онда се ни заштићена ознака не користи у промету, односно, не врши се повреда искључивих овлашћења титулара жига, па се титулар жига не може супротставити транзиту робе. Упр-

16 Пресуда Европског суда правде *Administration des douanes et droits indirects v Rioglass SA and Transremar SL, Rioglass and Transremar*, C-115/02, 23.10.2003. године, пар. 22-30.

кос потенцијалној опасности која произлази из чињенице да крајње одредиште робе није познато, роба може и даље имати транзитни статус.¹⁷

Пресуда која представља својеврсну прекретницу је позната под називом *Montex*. У децембру 2000. године, њемачка царина је зауставила пошиљку цинса, коју је произвођач из Пољске упутио у Ирску. Роба је била обиљежена жигом заштићеном ознаком, чији је титулар *Diesel*, а која је била заштићена у Њемачкој, али не и у Ирској, земљи крајњег одредишта. Титулар жига је захтијевао заустављање робе у транзиту, чак и њено уништење, будући да постоји опасност да таква роба буде стављена у промет у земљи транзита. Са друге стране, произвођач је тврдио да се транзитом робе не врши повреда искључивих права интелектуалне својине. Савезни суд Њемачке је затражио од Европског суда правде разјашњење да ли транзит робе обиљежене заштићеним знаком представља повреду права, односно да ли титулар права има искључиво овлашћење на транзит робе, као и да ли је од утицаја чињеница да знак не ужива заштиту у земљи одредишта. Став суда је да титулар права може забранити транзит робе која је обиљежена заштићеним знаком, само под условом да је за вријеме трајања процедуре екстерног транзита, роба под контролом трећег лица и да то нужно подразумејева да ће роба бити стављена у промет у држави транзита.¹⁸ Дакле, само уколико роба у транзиту буде стављена у промет у држави транзита у којој ужива заштиту, онда ће постојати повреда права. За постојање повреде није од значаја чињеница да знак не ужива заштиту у држави одредишта. Прелазак робе преко територије једне државе у виду транзита не утиче на основну функцију жиговне заштите а то је да се титутару права обезбједи искључиво право стављања у промет робе са заштићеном ознаком.¹⁹

Сљедећи случај односио се на заштиту индустријског дизајна. У луци у Антверпену, белгијски царински органи су контролисали пошиљку електричних бријача из Кине, који су по свом изгледу подсјећали на бријаче које производи *Philips*. С обзиром да је спорни дизајн био регистрован у неколико држава чланица, укључујући и Белгију, белгијски царински органи су по-

17 Пресуда Европског суда правде *Class International BV v Colgate-Palmolive Company and Others, Class International*, C-405/03, 18.10.2005. године, пар. 50.

18 Пресуда Европског суда правде *Montex Holdings Ltd v Diesel SpA, Montex Holdings*, C-281/05, 9.11.2006, пар. 27.

19 Jeroen K. van Hezewijk, „Montex and Rolex – Irreconcilable Differences? A Call for a Better Definition of Counterfeited Goods“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 39, 7/2008, 776.

сумњали да је ријеч о пиратској роби, те су обуставили пуштање робе у промет. Носилац права је поднио захтјев за примјену царинских мјера на основу којег је роба привремено задржана и на основу којег је добио потребне информације о произвођачу, дистрибутеру, увознику и превознику такве робе.²⁰ Тужилац је тврдио да се у конкретном случају може примјенити фикција о производњи робе, односно, да се роба коју су царински органи задржали и која се налази у царинском складишту сматра робом произведеном на територији државе гдје је задржана, у конкретном случају Белгије. Тужени је тврдио да роба не може бити задржана, нити се могу износити тврдње да се њоме врши повреда права интелектуалне својине у одсуству било каквог доказа да ће иста бити стављена у промет у Европској унији. Белгијски суд је упутио Европском суду правде питање у вези са примјеном фикције о производњи, односно да ли суд приликом одлучивања о постојању повреде права поступа као да је роба произведена у тој држави, занемарујући чињеницу да је роба у транзиту.²¹

Сличан случај потиче из Велике Британије, у коме су царински органи на лондонском аеродрому прегледали пошиљку мобилних телефона који су из Хонг Конга били упућени у Колумбију. Спорна роба била је означена ознаком за који је *Nokia* била носилац комунитарног жига. Титулар жига је тражио запљену робе, међутим, захтјев је одбијен са образложењем да се не ради о кривотвореној роби, како је дефинисана Уредбом 1383/2003, као и да нема доказа да би роба могла бити стављена у промет на тржишту Европске уније. Суд је одлучивао о жалби на одлуку царинског органа и том приликом упутио Европском суду правде питање да ли се роба која не потиче из Уније а обиљежена је знаком који је заштићен комунитарним жигом и која је у транзиту из једне у другу државу нечланицу, може сматрати кривотвореном робом ако нема доказа да ће роба бити стављена у промет на тржишту Уније.²² Суд је наведена два случаја спојио из разлога цјелисходности, те се могло поставити јединствено питање да ли се робом која потиче из државе која није чланица Уније и која је имитација робе произведене у Унији, врши повреда жига, дизајна, ауторског или сродних права заштићених у Унији, само на

20 Осим тога, поднио је тужбу због повреде искључивог права регистрованог дизајна против кинеског предузећа које је било задужено за производњу и маркетинг спорне робе, захтијевајући накнаду штете и уништење спорне робе.

21 Пресуда Европског суда правде *Koninklijke Philips Electronics NV Lucheng Meijing Industrial Company Ltd and Others*, C-446/09, 01.12.2011.

22 Пресуда Европског суда правде *Nokia Corporation v Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*, C-495/09, 01.12.2011.

основу чињенице да се роба налази на царинској територији Европске уније, иако није пуштена у промет. Другим ријечима, да ли се роба у транзиту или роба која се налази у царинском складишту може сматрати кривотвореном или пиратском робом у државама чланицама Европске уније, у значењу које тим изразима даје Уредба о царинском поступку.

У мишљењу општег правозаступника, поводом првог случаја, наводи се да нема мјеста примјени фикције о производњи, што је у складу и са ранијом праксом Суда, те да је неопходан услов коришћење заштићеног добра у промету. По његовом мишљењу, нема основа да се уводи нови критеријум за утврђење постојања повреде права интелектуалне својине, јер би то уједно значило измјену концепта постојеће правне заштите.²³

Став Суда је да се роба која потиче из државе која није чланица Уније и која представља имитацију робе заштићене комунитарним жигом или копију робе заштићене у Европској унији ауторским, сродним или правом дизајна, не може сматрати кривотвореном или пиратском робом само због чињенице да се налази на царинској територији Европске уније. Таква роба се може класификовати као кривотворена или пиратска само ако је доказано да је намијењена стављању на тржиште Европске уније. Доказ да је роба намијењена тржишту Уније може бити чињеница да је роба продата купцу у Европској унији или да је понуђена на продају или рекламирана у Унији, као и да се из одговарајуће документације може предвидјети да ће роба завршити на тржишту Уније.²⁴

Да би надлежни орган, односно суд, могао да донесе мериторну одлуку о томе да ли постоји повреда права интелектуалне својине, царинске власти су дужне, чим постоје основи сумње да је извршена повреда, да обуставе пуштање робе у промет и да задрже такву робу. Сматра се да постоје основи сумње уколико крајње одредиште робе није одређено, уколико нема прецизних или поузданих информација о идентитету или адреси произвођача или пошиљаоца робе или откриће докумената који указују да је роба намијењена потрошачима из Европске уније.²⁵

Дакле, пресудом се разјашњава постојање или непостојање повреде права робом у транзиту и прецизирају се услови и околности које могу да укажу на повреду права. Да би постојала повреда права, неопходно је да ро-

23 Мишљење општег правозаступника у случају *Nokia/Philips, Cruz Villalon*, пар. 70, 71.

24 Пресуда Европског суда правде *Koninklijke Philips Electronics NV v Lucheng Meijing Industrial Company Ltd and Others and Nokia Corporation v Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs, Philips and Nokia*, C-446/09 и C-495/09, 1.12.2011.

25 *Ibidem*.

ба буде стављена у промет у одређеној држави и да се заштићено добро користи у промету. Сама чињеница да би се том робом могла извршити повреда права ако би завршила на тржишту Уније није довољна за предузимање царинских мјера, ако не постоје индиције које указују да би до тога заиста и могло да дође. Из кратког прегледа судске праксе примјећујемо да је став Суда временом еволуирао од схватања да се царинске мјере примјењују на робу у транзиту до схватања да се мјере могу примјенити само ако постоји доказ да ће роба у транзиту бити стављена у промет на територији Уније.

У теорији постоји схватање да је приступ Европског суда правде у односу на робу у транзиту, нарочито у пресудама новијег датума, сувише рестриктиван. Највећи проблем је доказивање да ће роба која се налази у транзиту бити стављена у промет на подручју Уније, јер су информације које упућују на то најчешће недоступне носиоцу права.²⁶

IV Транзит робе као искључиво овлашћење титулара права интелектуалне својине

С обзиром да је питање примјене царинских мјера на робу у транзиту у праву Европске уније изазвало доста проблема, његово рјешавање је пребачено на терен материјалног права и проширење садржине заштите. Најновијим измјенама права Европске уније у области жигова,²⁷ транзит робе је увршћен у искључива овлашћења титулара жига. Носилац права има искључиво овлашћење да спријечи уношење робе на царинско подручје Уније, чак и ако није намијењена пуштању у промет, ако таква роба, укључујући паковање, долази из земље ван Уније и ако је роба без овлашћења носиоца права означена ознаком која је идентична регистрованој ознаци или се по својим битним обиљежјима не може разликовати од регистроване ознаке. Дакле, транзит робе обухвата два случаја: први, транзит робе којом се врши повреда жига, а други се односи на паковање или амбалажу робе која се самостално налази у транзиту и која ће тек ка-

26 Lolwa Naser Aldfahel, „Trademark Enforcement within the European Union: The Development of Provisions Concerning Counterfeit Goods in Transit“, *Charlotte Intellectual Property Journal*, Vol. 1, 2014, 17.

27 То су Директива о хармонизацији држава чланица у области жигова и Уредба о жигу Европске уније. Directive 2015/2436 of the European Parliament and of the Council to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, 16.12.2015, *OJ L 336/1*, Regulation 2015/2424 of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation No 49/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation No. 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market, 16.12.2015, *OJ L 341/21*. И Директива и Уредба ступиле су на снагу, с тим што су државе чланице дужне да своја национална законодавства ускладе са Директивом до 15. јануара 2019. године.

сније бити искоришћена. Усвајање наведених аката треба да допринесе рјешењу проблема транзита робе означене кривотвореним жигом, али се тиме не рјешава проблем са транзитом робе у којој су опредмећена остала права интелектуалне својине.²⁸

Овлашћење титулара жига да се супротстави транзиту робе престаје да важи ако у току поступка у коме се утврђује да ли је дошло до повреде права, а који је покренут на основу поступања царинског органа, декларант или држалац производа докаже да носилац права није овлашћен да забрани стављање производа на тржиште у земљи крајњег одредишта.²⁹ Дакле, ако права носиоца жига нису заштићена у земљи одредишта робе, носилац жига може изгубити овлашћење да се супротстави транзиту робе преко територије своје државе.

Посматрано са аспекта царинске заштите права интелектуалне својине, у конкретном случају жига, смисао увођења овлашћења на транзит робе је пребацивање терета доказа са носиоца жига на декларанта или држаоца робе. Наиме, према одредбама Уредбе о царинском поступку, тачније према тумачењу Европског суда правде, роба у транзиту је могла бити задржана само уколико постоји реална опасност да таква роба заврши на тржишту Уније, што је тешко доказати. Међутим, наведеним измјенама терет доказа је пребачен на другу страну, па ако посједник робе или њен декларант докажу да носилац права нема право на заштиту интелектуалне творевине у земљи одредишта, тј. дестинације, искључиво овлашћење на транзит робе престаје. Дакле, повреда права у земљи одредишта је претпоставка за заштиту робе у транзиту у царинском поступку. Тиме се само потврђује став да поступање царинских органа ипак зависи од постојања повреде у земљи увоза.

Поставља се још једно битно питање а то је разлика између робе која је кривотворена или пиратизована и робе којом се у земљама поријекла и одредишта не врши повреда права интелектуалне својине. Дефиниција робе са кривотвореним жигом и робе која је произведена на основу незаконито присвојених примјерака ауторских дјела, која је дата у *TRIPS*-у предвиђа да се наведеном робом врши повреда жига, односно ауторског или сродних права на основу закона земље увоза. Према Уредби Европске уније о царинском поступку из 2013. године која упућује на дефиницију Уредбе из 2003. године, кривотворена роба обухвата робу, укључујући и амбалажу која је без дозволе носиоца права обиљежена ознаком која је

28 Trevor Cook, „Revision of the European Union Regime on Customs Enforcement of Intellectual Property Rights“, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 18, September 2013, 489.

29 Директива 2015/2436, чл. 10 ст. 4, Уредба 2015/2424, чл. 9 ст. 4.

идентична жигом заштићеној ознаци у односу на исту врсту робу или која се не може у битним својствима разликовати од такве ознаке и која на тај начин вријеђа комунитарни жиг. Осим тога, кривотворена роба обухвата и било који симбол укључујући лого, наљепницу, брошуру, упутство за употребу који садржи заштићену ознаку као и одвојену амбалажу која је обиљежена кривотвореном ознаком.³⁰ Пиратска роба обухвата робу која садржи неовлашћено умножене примјерке ауторског дјела, предмета сродноправне заштите или заштићеног комунитарног дизајна.³¹

Упитно је да ли би пиратерија и кривотворење као појаве требало да буду зависне од националних прописа земље увоза. Овдје је потребно истаћи разлику између наведених појава и појма повреде субјективног права интелектуалне својине. Појам повреде права је шири од кривотворења, али неће свако кривотворење представљати повреду права, бар не у свим државама. У теорији постоје схватања да би дефиниција кривотворених и пиратских производа требало да буде независна од закона земље увоза или било ког другог националног прописа. Кривотворење робе би требало да буде објективна чињеница, без обзира на то у којој земљи се таква роба налази. То нарочито долази до изражаја када је у питању роба која може да угрози здравље и безбједност људи. Кривотворена роба би требало да буде кривотворена, без обзира на прописе државе у којој се налази.³²

Међутим, треба имати на уму да кривотворење и пиратерија превазилазе оквире грађанскоправне заштите права интелектуалне својине. Уколико је кривотвореном робом повријеђено приватно право појединца које је територијално ограничено, у том случају повреда постоји само у државама у којима је добро заштићено. Стога, носилац права може покренути поступак заштите у грађанском судском поступку само у државама у којима ужива заштиту. Кривотворена и пиратска роба, као и роба којом се врши повреда осталих права интелектуалне својине је предмет царинског поступка, у коме ће царински органи по службеној дужности или на захтјев носиоца права, задржати робу и спријечити њено пуштање у слободан промет. Поступање царинских органа је у служби откривања и спречавања повреде субјективних права, али њихова одлука није коначна јер о постојању или непостојању повреде права одлучује суд.

30 Уредба 1383/2003, чл. 2 ст. 1 а.

31 Уредба 1383/2003, чл. 2 ст. 1 б.

32 „Да ли то значи да лажне „Гучи“ торбе, под претпоставком да наведени жиг није регистрован у Кини, не представљају кривотворену робу све док се налазе у Кини и да оне постају кривотворене оног тренутка када се нађу на територији државе у којој је жиг заштићен?“, J. K. van Hezewijk, 792.

Основни аргумент којим се оправдава увођење транзита као искључивог овлашћења титулара жига је сузбијање кривотворења жига.³³ Такође, увођење транзита као искључивог овлашћења се може правдати истим разлозима као и сврставање извоза у садржину жига. У оба случаја, не врши се стављање у промет у домаћој држави па ако је циљ да се већ на граници спријечи повреда у земљи одредишта робе, исти циљ се може остварити и санкционисањем транзита. Предност увођења транзита као искључивог овлашћења је у томе што, умјесто да штити своја добра у земљама извоза или увоза, носилац права може да заштити добро само у транзитним земљама. Стицањем заштите у неколико кључних транзитних држава, које се налазе на важним свјетским раскрсницама, титулар је довољно заштићен, без обзира на чињеницу да ли то исто право постоји у земљи производње или крајњег одредишта.³⁴

Титулар права може да забрани транзит производа преко територије једне државе само уколико су производи заштићени у тој држави. Другим ријечима, да би транзит био легалан, неопходно је закључити уговор о лиценци са носиоцем права у држави транзита, што би значило да носилац права стиче могућност да контролише инострана тржишта, па чак и тржишта држава у којима та роба није заштићена правом интелектуалне својине. У том случају, долази до проширења дејства субјективног права интелектуалне својине, тачније до екстериторијалног дејства права земље транзита на земљу увоза, што је супротно основним принципима међународног права интелектуалне својине.³⁵

Интересантно је да титулар жига и титулар права на индустријски дизајн у Босни и Херцеговини, осим овлашћења на стављање примјерака у промет, имају и искључиво овлашћење да забране увоз, извоз или транзит робе обиљежене заштићеним знаком, односно производа израђених на основу заштићеног дизајна.³⁶ Предвиђајући транзит као искључиво

33 Детаљније: Соња Спасојевић, „Овлашћење титулара жига на транзит робе: сузбијање пиратерије жига или слободан промет робе?“, *Правни систем Србије и стандарди ЕУ и Савета Европе*, Књ. 2 (ур. Станко Бејатовић), Крагујевац, 2007, 275-279.

34 Alexander Peurket, „Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law“, *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization* (eds. Gunter Handl, Joachim Zekoll), Queen Mary Studies in International Law, Leiden/Boston, 2011, 28.

35 Детаљније: Слободан Марковић, „Роба у транзиту и заштита права интелектуалне својине у царинском поступку“, *Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању* (ур. Божин Влашкивић), Крагујевац, 2012, 157-158.

36 Закон о жигу, *Службени гласник БиХ*, бр. 53/2010, чл. 49 ст. 2 тач. ц; Закон о индустријском дизајну, *Службени гласник БиХ*, бр. 53/2010, чл. 51 ст. 2 тач. ф. С обзиром да су оба закона рађена по

овлашћење, законодавац је очито узео у обзир чињеницу да је Босна и Херцеговина веома несигурна држава чије је тржиште преплављено кривотвореним и пиратским производима. Као транзитна држава, она представља идеално подручје за транзит такве робе и црну тачку на свјетској мапи, па је циљ увођења овлашћења на транзит робе смањење пиратерије и кривотворења. То је уједно сигнал одређености државе да поштри заштиту права интелектуалне својине. Са друге стране, овлашћење на транзит подрива концепт слободног промета робе, са практичним учинком заобилажења Босне и Херцеговине као државе транзита.

V Закључак

Царински органи имају изузетно значајну улогу у принудном спровођењу права интелектуалне својине. Поступање царинских органа са робом у транзиту у којој је одређено заштићено добро или је обиљежена заштићеним знаком је у претходном периоду изазвало бројне дилеме и отворена питања. Према релевантним одредбама *TRIPS*-а, царински органи имају овлашћење да задрже робу у транзиту, уколико се њоме врши повреда права у земљи увоза. Европски суд правде је у одлукама новијег датума заузео становиште да царински органи могу задржати робу у транзиту само уколико постоје докази да ће та роба бити стављена у промет у држави чланици Европске уније. У циљу отклањања несигурности, транзит робе је пребачен на терен материјалног права те је усвајањем нових прописа Европске уније у праву жига, овлашћење на транзит робе изричито уврштено у садржину жига као субјективног права. Међутим, уколико декларант или посједник робе у поступку за утврђење повреде права докажу да носилац права не ужива заштиту у земљи одредишта робе, овлашћење титулара жига да се супротстави транзиту робе престаје. То значи да царински органи могу да задрже робу у транзиту само уколико се њоме врши повреда у земљи увоза. Практични учинак је пребацивање терета доказивања са носиоца жига на декларанта или држаоца робе, јер умјесто да титулар доказује да ће роба бити стављен у промет, држалац робе треба да докаже да се робом не врши повреда права у земљи увоза.

Искључиво овлашћење титулара жига на транзит робе предвиђено је првенствено у циљу сузбијања пиратерије и кривотворења на међународном нивоу. Борба против кривотворења и пиратерије је легитиман

узору на истоимене законе у Србији, иста одредба је све до посљедњих измјена постојала и у Србији. О практичним проблемима постојања искључивог овлашћења на транзит производа у којима је одређено заштићено интелектуално добро детаљније С. Марковић, 151-164.

циљ, који није усмјерен само на заштиту приватног права већ и јавног интереса, између осталог, заштиту и очување безбједности и здравља људи. Међутим, упитно је да ли је приватно, грађанско право, најпогодније средство за остварење јавних циљева. Проширивање садржине жига требало би да буде у функцији јачања положаја титулара права а тек посредно да доприноси и остварењу јавног интереса. Посебан проблем је пробијање територијалног дејства жига као субјективног права. Истина, ако је транзит искључиво овлашћење носиоца права онда се повреда права врши у тој држави, али се ефекти преливају и на тржиште других земаља, чак и оних у којима право није признато. Управо из наведених разлога, требало би опрезно приступати евентуалним приједлозима да транзит постане овлашћење титулара осталих права интелектуалне својине.

Mag. Svjetlana IVANOVIĆ

Senior Teaching Assistant at the Faculty of Law University of East Sarajevo

CUSTOMS PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND GOODS IN TRANSIT IN THE LIGHT OF NEW REGULATIONS OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The paper deals with protection of intellectual property rights in customs' proceedings. Special attention was drawn to the status of the goods in transit that infringes intellectual property rights. The most important decisions of the Court of Justice of the European Union concerning interpretation of relevant provisions on the goods in transit are shown in this paper. According to the Court, goods in transit may be subject of customs action only if there is an evidence of using it in the course of trade in a member state. The proprietor of the registered trade mark shall be entitled to prevent all third parties bringing goods, in the course of trade, into the Member State, without being released for free circulation. The entitlement of trade mark proprietor on the goods in transit contributes to the fight against counterfeiting and piracy but undermines the concept of free movement of goods.

Key words: *customs proceedings, goods in transit, intellectual property law, piracy, counterfeiting.*

Његослав ЈОВИЋ, мастер
виши асистент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

НАЧЕЛО ТЕРИТОРИЈАЛНОСТИ И СИСТЕМИ ПАТЕНТНЕ ЗАШТИТЕ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Резиме

Патентно право је све доскора сматрано искључиво националним правом и било је у потпуној јурисдикцији државе. Настанком Европских заједница а касније и Европске уније, овај постулат је пољуљан и доведен у питање. У Европској унији постоје четири система признавања патента. То су национални патент, патент заштићен на основу Уговора о сарадњи у области патената, европски патент и унитарни патент, који још увијек није на снази. Сви ови системи патентне заштите су територијално ограничени и важе само на територији држава за коју је тражена заштита.

У раду аутор анализира све ове системе патентне заштите упоређујући њихов територијални домет као и указујући на проблеме у њиховој примјени на унутрашњем тржишту ЕУ.

Кључне ријечи: *начело територијалности, национални патент, патент заштићен на основу Уговора о сарадњи у области патената, европски патент, унитарни патент, право ЕУ.*

I Увод

У средњем вијеку су у Европи почеле да сазријевају економске и културне прилике па су владари у феудалним државама почели да додјељују привилегије проналазачима у виду „отворених писама“ (*literae patentes*). Давана привилегија је била израз милости владаоца и била је појединачни правни акт који се није заснивао на закону. Услови за давање ових привилегија су били временско првенство тражења привилегије, новост проналаска на територијалном подручју важења привилегије, изводљивост проналаска која се доказивала његовом практичном демон-

страцијом и корисност проналаска.¹ Ове привилегије су се давале појединцима а њихово важење је било ограничено само на територије које су биле под непосредном влашћу владара који их је одобрио. Из тих привилегија се и развило данашње патентно право.

Патент је искључиво субјективно право чије је важење територијално ограничено на простор оне државе у којој је то право признато. Он настаје одлуком државног органа у управном поступку (нпр. у Њемачкој то је Њемачки уред за патенте и жигове (*DPMA*)) и уписује се у прописани регистар а његовом носиоцу се издаје исправа о признавању субјективног права.

Патентно право је историјски било везано за територију једне државе те се његово дејство није могло простирати на територије других држава. Странцима на домаћој територији није признавано право на патентну заштиту ако није постојао реципроцитет, односно ако је домаћем држављанину било онемогућено да у држави поријекла странца може да стекне патент. Овај проблем је донекле ријешен усвајањем Париске конвенције за заштиту индустријске својине од 1883. године којом је основана Париска унија и уведен национални третман странцима. Према националном третману страним физичким лицима који су држављани једне од држава чланица Париске уније или имају у њој своје пребивалиште или имају стварно и озбиљно индустријско или трговачко предузеће на територији једне од држава чланица Париске уније, односно правним лицима која имају националност једне од држава чланица Париске уније признаје се исти третман као и домаћим држављанима. Конвенција је више пута ревидирана и још увијек је на снази.

II Начело територијалности и патентна заштита

Начело територијалности чини основу савременог права интелектуалне својине. Ово начело се примјењује не само у патентном праву већ и у осталим гранама права интелектуалне својине.

Принцип територијалности значи да пружање патентне заштите у једној држави не ствара никакву правну обавезу на добијање идентичне правне заштите у другим државама и да су ексклузивна права интелектуалне својине ефикасна само у оквиру граница државе у којој су призна-

1 Слободан Марковић, *Патентно право*, Београд, 1997, 13-14.

та.² То значи да национална патентна права држава нису међусобно зависна. Пошто су територијално ограничена ова права су независна једна од другог и могу бити у власништву различитих лица у различитим државама чак и када је исти предмет заштите у питању. Национално законодавство једино не може да да иста права на проналазак различитим лицима на својој територији.³ Своје упориште овај принцип има и у члану 4bis Париске конвенције за заштиту индустријске својине. У овом члану стоји да „патенти тражени од стране припадника Уније у разним земљама Уније, независни су од патената добијених за исти проналазак у другим земљама, које припадају или не припадају Унији“.

Постоје схватања да се принцип територијалности више не уклапа у савремене токове прекограничне експлоатације производа који су засновани на правима интелектуалне својине. Развој интернета и дигитализација су допринијели да се класично поимање права интелектуалне својине као територијалних права сматра превазиђено. Због тога се све више подржава његова екстратериторијална примјена у међународној трговини. Овај принцип је постао предмет жестоке критике, јер у вријеме када истраживање и развој постају глобална активност а прекогранични промет интелектуалне својине све више расте, ово начело није више прикладано.

Поставља се питање односа начела територијалности и патентних лиценци. У случају да је издата патентна лиценца у једној држави чланици ЕУ за територију те државе а корисник лиценце продаје производе за које је добио лиценцу и у другој држави чланици у којој постоји паралелна патентна заштита за тај проналазак, он може бити тужен за повреду патента у тој другој држави.⁴ И у овом случају начело територијалности игра одлучујућу улогу, јер корисник лиценце може да продаје лиценциране производе само на територији државе за коју је добио лиценцу.

2 Paulius Jurčys, „The role of the territoriality principle in modern Intellectual property regimes: institutional lessons from Japan“, *Fourth Annual Kyushu University Law Conference*, 2010, 2. Доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1663219>, 20.02.2016.

3 Alexander Peukert, „Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law“, *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization* (eds. Gunther Handl & Joachim Zekoll), Leiden/Boston, 2012, 3. Доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1592263>, 20.02.2016.

4 Donald L. Holley, „The Limits Placed by EEC Law on Territorial Protection in Patent Licensing: A Case Study in Community Law-Making“, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 3, 1981, 563.

Правна последица примене начела територијалности јесте правило да је за правне односе у вези са неовлашћеним или овлашћеним коришћењем заштићених интелектуалних добара мјеродавно право оне државе у којој је то интелектуално добро заштићено и у којој се оно користи.⁵

Усклађена правила у области права интелектуалне својине државе остварују на основу закључивања међународних билатералних и мултилатералних конвенција. Склапањем конвенција државе настоје да ублаже строгост начела територијалности а странцима се на територији домаће државе признаје национални третман.

III Начело територијалности и системи патентне заштите у ЕУ

У Европској унији постоје три система признавања патента који су на снази а четврти систем признавања патената, путем унитарног патента би требао убрзо да ступи на снагу. Чека се и ратификација Споразума о јединственом патентном суду. Ти системи су национални патент који је заштићен на основу националних закона о патенту, патент који није ограничен само на државе ЕУ а заштићен је на основу Уговора о сарадњи у области патената, европски патент заштићен на основу Конвенције о издавању европских патената и унитарни патент који је заштићен на основу Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите, Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења и Споразума о јединственом патентном суду који још увијек није ратификован од довољног броја држава чланица ЕУ. Због тога заштита унитарног патента као четвртог система заштите патената који је искључиво заснован на праву ЕУ још увијек није на снази. Сви ови системи патентне заштите су територијално ограничени и ниједан од њих не обухвата комплетан простор ЕУ.

1. Национални патент

Историјски посматрано патентно право се развило из средњовјековних система привилегија које су често биле арбитрене и неправичне. Привилегије које су појединцима давали владари стварале су монополе за чије постојање нису били везани никакви објективни и правични критеријуми. Због тога су системи привилегија били и укинута у неким државама, нпр. у Француској 1789. године.

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

На примјерима Енглеске, Француске и Њемачке као репрезентативним државама Европске уније ћемо приказати развој националног патентног права који је још увијек на снази. Државе чланице ЕУ не желе да се одрекну свог националног патентног права, али га хармонизују са правом ЕУ.

Први национални закон којим се дјелимично уређује материја патентног права је *Statute of Monopoles* и усвојен је у Енглеској 1623. године. Овај закон се односио на забране монопола али је ипак дозвољавао монополе који су додјељени првом и правом проналазачу за нови проналазак са роком трајања до 14 година. *Statute of Monopoles* је био основ за патентну заштиту проналазака у Енглеској све до доношења Закона о патентима из 1852. године. Овим законима се патентна заштита пружала само за територију Енглеске што значи да повреда патента учињена на територијама других држава није сматрана повредом патента и није уживала судску заштиту у тим државама. Садашњи важећи Закон о патентима (енг. *Patents Act*) у Великој Британији је из 1977. године а посљедњи пут је измијењен и допуњен 01.10.2014. године.

У Француској је први Закон о патентима донесен 1791. године а њиме се пружала патентна заштита проналазачу са роком трајања до 15 година. Патент се признавао проналазачу без претходне службене провјере испуњености услова за патентирање што је у основи систем регистрације патената и задржао се до данас у употреби. Имао је свој територијални домет само на територији Француске на којој је важио. Закон који тренутно уређује материју патената у Француској је Законик о интелектуалној својини (фр. *Code de propriété intellectuelle*) који је донесен 1992. године, а посљедњи пут је измијењен и допуњен 23.02.2015. године.

У Њемачкој је први Закон о патентима донесен 1877. године. И овај закон је био територијално ограничен само на територије великог броја њемачких држава које су 1871. године уједињене у Њемачко царство. Садашњи важећи Закон о патентима (нем. *Patentgesetz*) у Њемачкој је из 1980. године, а посљедњи пут је измијењен и допуњен 19.10.2013. године.

У Европској унији свака држава чланица је задржала национални систем патентне заштите и својим унутрашњим прописима (законима) уређује патентну заштиту на њеној територији. Свака од ових држава има свој национални патентни завод (уред, институт) који одлучује о признавању или о одбијању патентне заштите на основу националног законодавства. Национални патент који је признат уписује се у национални патентни регистар а његово важење је територијално ограничено на

територију државе која га је признала.⁶ Међутим, све државе ЕУ су постепено уједначавале и хармонизовале националне патентне законе. Оне су усвојиле Конвенцију о унификацији неких тачака материјалног патентног права за проналаске у Стразбуру 1963. године. Државе чланице су слободне да мењају национално законодавство у области патената и да их тумаче у складу са сопственим правним схватањима што представља ипак одређени степен правне несигурности.⁷

Национални систем патентне заштите данас постоји у ЕУ паралелно са осталим системима патентне заштите и често представља само први корак на основу којег би се обезбиједило право првенства.

Проблем са примјеном националног патента јесте у томе што је он територијално ограничен само на државу у којој је поднешена пријава и у којој је патент признат. У случају да проналазач жели да заштити проналазак патентом у више држава, он мора да поднесе националну патентну пријаву у свим државама у којима жели да стекне патент и ови поступци се воде одвојено и паралелно у свим овим државама. Подносилац пријаве је изложен великим трошковима а коначан исход је неизвјесан јер једна држава може да призна патент а друга не.

Поставља се питање да ли у случају повреде националног патента на територији друге државе чланице ЕУ може да се заснује надлежност суда те државе у којој је дошло до повреде страног патента.⁸ Право ЕУ по питању међународне надлежности истиче да судови не могу да одбију да суде у споровима који укључују примјену страног националног права интелектуалне својине ако имају општу надлежност. У овом случају, судови у ЕУ су дужни да поштују 28 различитих али у великој мјери хармонизованих националних режима права интелектуалне својине. Судови земље регистрације конкретног права интелектуалне својине задржавају искључиву надлежност у погледу регистрације или важења патента.⁹ Екстрате-

6 Јелена Ђеранић, *Унитарни патент*, Београд, 2015, 14.

7 Ј. Ђеранић, 15.

8 Искрпну анализу понашања националних судова због повреде страног патента у Енглеској, Француској, Њемачкој и Холандији вид. Michael Christian, Alexander Kant, *Cross-Border Patent Infringement Litigation within the European Union*, PhD thesis, University of Groningen, 2015, 41-56.

9 А. Peukert, 5-6.

риторијална примјена је у одређеним случајевима могућа на основу прописа међународног приватног права и правила *lex loci*.¹⁰

У оквиру ЕУ је 1968. године у Бриселу усвојена Конвенција о надлежности у извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима. Усвојена конвенција је промијенила дотадашњи замршени начин признавања и извршења пресуда заснован на билатералним уговорима. Ослањајући се на ову конвенцију холандски Врховни суд почевши од предмета *Lincoln v. Interlas*¹¹ је почео са прекограничном примјеном страног патентног права.¹² Међутим, овакав холандски приступ није прихваћен у читавој ЕУ. Судови у Великој Британији нису прихватили примјену екстратериторијалности и одбацили су прекограничну примјену патента у случају *Chiron Corporation v. Organon Teknika Ltd.*¹³ Ови примјери показују да и хармонизовани национални прописи држава чланица ЕУ у области патентног права могу да доведу да различите праксе националних судова а да ће начело територијалности и даље бити присутно у националним патентним системима.

2. Патент заштићен на основу Уговора о сарадњи у области патената

Развојем индустрије а нарочито саобраћаја носиоци патената су имали потребу да прошире патентну заштиту изван граница своје државе и да ту заштиту прошире на тржишта других држава. Патентна заштита за странце је била доста несигурна па су државе закључивале међународне споразуме како би превазилазиле ове проблеме. Један од тих споразума јесте и Уговор о сарадњи у области патената који је као посебан споразум у смислу члана 19 Париске конвенције за заштиту индустријске својине закључен у Вашингтону 1970. године.

Коришћење права међународног првенства од годину дана није више било довољно да подносилац поднесе уредну пријаву у више од десетак држава. У свакој од тих држава подносилац је морао ангажовати

10 Graeme B. Dinwoodie, „Developing a Private International Intellectual Property Law: The Demise of Territoriality?“, *William & Mary Law Review*, Vol. 51, 2009, 729. Доступно на адреси: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol51/iss2/12>, 15.01.2016; P. Jurčys, 4.

11 Judgment of Nov. 24, 1989, HR, 1992 NJ 404 (Neth.).

12 Gretchen Ann Bender, „Clash of Titans: the territoriality of Patent law vs. The European Union“, *IDEA: The Journal of Law and Technology*, Vol. 40, 2000, 9. Доступно на адреси: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27733-27743-1-PB.pdf>, 15.01.2016.

13 1995 Fleet Street Reports 325. Наведено према G. Ann Bender, 11.

локалног патентног заступника, превести пријаву на национални језик патентне управе, прилагодити пријаву националном законодавству и платити административну таксу. Из тих разлога је закључен овај Уговор са циљем да обједини поступак пријављивања проналазака у више држава путем једне међународне пријаве патената и да тиме поједностави поступак подношења пријаве за пријавиоца а да националним патентним управама олакша поступак испитивања пријава. Овај систем патентне заштите није регионалног карактера и не односи се само на Европу. Према члану 9. Уговора право да поднесе пријаву има свако лице које има домицил у једној држави уговорници и сваки држављанин те државе могу поднијети међународну пријаву. То значи да право да поднесу пријаву имају сва физичка лица која су држављани једне од држава чланица Уговора или имају у њој пребивалиште, као и сва правна лица која имају националност једне од држава чланица Уговора.

Поступак патентирања према Уговору о сарадњи у области патената састоји се из двије фазе. Прва фаза је међународна у којој се подноси међународна пријава патената прописаној патентној управи. Међународна пријава мора да садржи захтјев за признавање права, опис, један или више патентних захтјева, један или више нацрта ако су потребни и апстракт. У захтјеву подносилац означава државе за које тражи патентну заштиту. Патентна управа, односно уред прималац достављају примјерак међународне пријаве Свјетској организацији за интелектуалну својину (WIPO) који дјелује као Међународни биро за државе чланице Уговора о сарадњи у области патената, а други примјерак Органу за међународни решерш тј. претраживање. Међународни биро објављује међународну пријаву у року од 18 мјесеци. Он доставља свакој патентној управи од назначених држава по примјерак међународне пријаве и извјештај о међународном решершу и овим се завршава међународна фаза.

Може да постоји и још једна факултативна међународна фаза на захтјев подносиоца пријаве а то је да Међународни биро достави међународну пријаву и извјештај о међународном решершу надлежном Органу за међународно претходно испитивање и да затражи његово мишљење о испуњености услова за патентирање.

Друга фаза поступка је национална фаза. Она почиње од тренутка када је назначени национални уред добио примјерак међународне пријаве, превод исте на службени језик уреда од стране подносиоца пријаве и извјештај о међународном решершу а евентуално и извјештај о међународном претходном испитивању. По добијању међународне пријаве и

свих ових извјештаја национални уред наставља са поступком по свом националном законодавству. Национална управа је суверена и самостално доноси одлуку да ли ће признати патент или не.

Систем патентне заштите према Уговору о сарадњи у области патентне заштите има доста предности и за подносиоца пријаве и за националне патентне управе, јер поједностављује и олакшава поступак патентне заштите који прате смањење трошкова патентирања. Међутим, он не унификује нити хармонизује националне прописе о патентима у државама чланицама ЕУ. Он је само једна од опција за подносиоце пријаве који се не одлуче за национални или европски патент. Није творевина права ЕУ али су већина држава чланица ЕУ потписнице овог Уговора и он је за њих обавезујући. По овом Уговору признати национални патенти су територијално ограничени само на државе које су признале патент па и овај систем патентне заштите цијела јединствено тржиште ЕУ што значи да и у њему принцип територијалности има главну улогу.

3. Европски патент

На тлу Европе постојало је више покушаја успостављања јединственог патентног система који би важио, ако не за цијелу, онда бар за већину држава Европе.

Наднационални систем заштите проналазака успостављен је доношењем Конвенције о издавању европских патената од 1973. године. Конвенција је регионалног карактера и могу јој приступити само европске државе. Представља посебан споразум закључен на основу члана 19. Париске конвенције за заштиту индустријске својине. Овом Конвенцијом се успоставља наднационални систем правних норми којима се уређује поступак признавања европских патената који непосредно производе правно дејство у државама чланицама.¹⁴

Конвенција се састоји из дванаест дијелова а садржи три групе норми. Првом групом норми се оснива Европска патентна организација. Према члану 4. Конвенције, Европска патентна организација се састоји од Европског завода за патенте и Управног савјета као његових органа. Другом групом се успоставља систем материјалноправних норми а трећом групом норми се успоставља административни поступак за патентну заштиту.

Према члану 58. ове Конвенције свако физичко и правно лице и лице које се сматра правним лицем на основу закона који се на њега при-

¹⁴ Ј. Ђеранић, 15.

мјењује, може поднијети пријаву европског патента. То значи да круг проналазача и њихових правних слѣдбеника који имају право да се позову на њу није ограничен држављанством, пребивалиштем, мјестом сједишта правног лица или другом правном чињеницом те је омогућено свим физичким и правним лицима на свијету да се позову на њу.

Материјалноправним нормама се на наднационалан начин уређује патентна заштита проналазака и она важи од подношења пријаве за европски патент до тренутка признавања европског патента. Када се призна европски патент престаје примјена наднационалних норми и европски патент се „распада“ на онолико националних патената колико је подносицац пријаве означио држава у својој пријави. Новонастали национални патенти који се и даље зову европски патенти, трају у свакој држави посебно и подвргнути су националним патентним прописима. Њихова даља судбина је независна у свакој држави у којој важе. Овај европски патент може да престане да важи или буде поништен у једној држави а да остане на снази у другим државама.¹⁵

Материјално европско право настало доношењем Конвенције о издавању европских патената постоји независно и паралелно са националним патентним правима држава чланица Европске уније. Међутим, европски патент настао на основу ове Конвенције се „улива у национални патентни систем и подвргава истом режиму као да га је признала национална патентна управа“.¹⁶ Гледајући на принцип територијалности признати европски патент важи само у државама које је подносилац пријаве означио за државе у којима тражи патентну заштиту. Он у основи има исту правну судбину као и национални патенти, што у основи и јесте, али за разлику од њих подносиоцу пријаве се олакшава признавање патената у више држава и уз нешто мање трошкове. Принцип територијалности и у случају европског патента остаје доминантан што значи да европски патент важи само у назначеним државама у којима је признат и дијели јединствено тржиште Европске уније.

Основни недостатак система патентне заштите европским патентом заснован на Конвенцији о издавању европских патената јесте у чињеници да не постоји јединствен поступак рјешавања спорова у вези са повредом европског патента. Национални судови су потпуно независни при одлучивању у овим споровима и за исти патент у различитим држа-

15 С. Марковић, Д. Поповић, 344.

16 С. Марковић, Д. Поповић, 344.

вама често се дешава да судови донесу контрадикторне пресуде. Суверенитет држава и територијална фрагментација патентне заштите на основу КЕП-а нису задовољавајуће рјешење за право ЕУ.

4. Унитарни патент

Системи патентне заштите као што су национални патент, патент заштићен на основу УСП-а и европски патент нису тековина права ЕУ. Ови системи врше територијалну фрагментацију патентног права у оквиру ЕУ и дијеле јединствено тржиште па су постали препрека слободној трговини унутар Европских заједница а касније и унутар ЕУ.

Од оснивања ЕЗ било је више покушаја успостављања јединственог система заштите проналазака у ЕУ. Ови покушаји могу се подијелити у три фазе.¹⁷ Прва фаза је трајала од 1957. године до 1999. године када су државе покушавале да успоставе јединствен систем патентне заштите путем склапања међународних уговора. У овом периоду је потписана Конвенција о унификацији одређених питања материјалног патентног права за проналаске из 1963. године у Стразбуру, Конвенција о издавању европских патената из 1973. године у Минхену, Конвенција о европском патенту за јединствено тржиште (Конвенција о комунитарном патенту)¹⁸ усвојена 1975. године у Луксембургу, Споразум о комунитарном патенту¹⁹ потписан 1989. године у Луксембургу.²⁰ Последње две конвенције којима је требало да буде решено питање комунитарног патента на нивоу ЕУ на јединствен начин нису ступиле на снагу, јер се државе чланице ЕУ нису могле договорити око режима превођења комунитарног патента што је и данас главни камен спотицања успостављања јединственог система заштите проналазака у ЕУ.²¹

Друга фаза је трајала од 2000. године до 2010. године и у том периоду су државе чланице ЕУ покушавале да успоставе јединствен систем патентне заштите путем комунитарних уредби као секундарних аката права ЕУ. Европска комисија је 2000. године направила Приједлог уредбе

17 Ј. Теранић, 27-34.

18 Convention for the European patent for the common market (Community Patent Convention), *Official Journal of the European Communities*, 1976, L 17.

19 Agreement relating to Community patents, *Official Journal of the European Communities*, 1989, L 401.

20 Више о развоју комунитарног патента вид. Oreste Montalto, „Patent and Trademark Developments in the European Community”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, Vol. 4, 1993, 299-307.

21 Ј. Теранић, 28-29.

о комунитарном патенту, али се од овог приједлога одустало 2004. године због непостизања консензуса у Савјету за конкуренцију због режима превођења комунитарног патента. Послије ступања на снагу Уговора из Лисабона, Европска комисија је 2009. године направила нови Приједлог уредбе о комунитарном патенту, док је Савјет предложио Нацрт споразума о суду за европски и унитарни патент. Међутим, и овог пута нису постигли сагласност у Савјету за конкуренцију због режима превођења.

Трећа фаза успостављања јединственог система патентне заштите у ЕУ је почела 2010. године и траје до данас. У овој фази су државе чланице ЕУ одлучиле да успостављање јединствене патентне заштите остваре такође секундарним актима ЕУ али да противљење Шпаније и Италије због режима превођења заобиђу захваљујући механизму ближе сарадње. Тако је дванаест држава чланица 2010. године покренуло механизам ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите а њима се придружило још тринаест држава у 2011. години, тако да су изван овог механизма ближе сарадње остале Шпанија и Италија. Ове двије државе су биле поднијеле и тужбу Европском суду правде, али је Суд ове тужбе одбио као неосноване. После одобрења покретања механизма ближе сарадње од стране Савјета, Европска комисија је направила Приједлог уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите и Приједлог уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења. Ове двије уредбе су одобрене од стране Европског парламента 2012. године а ступиле су на снагу 2013. године. Њихова примјена је одложена до ратификације Споразума о Јединственом патентном суду.

Уредба о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите²² представља посебан споразум у смислу члана 142. Конвенције о издавању европских патената. Ова Уредба упућује на материјално право КЕП-а и на национално право држава чланица које учествују у ближој сарадњи а Уредба садржи само материјалноправне норме за исцрпљење права европског патента са унитарним дејством и лиценцирање права који се односи на уговорне лиценце, док су принудне лиценце регулисане националним правом. Поступак за признавање унитарног патента је исти као и за класични европски патент. Европски патент са унитарним дејством обезбијеђује јединствену заштиту и има једнако дејство у свим државама ЕУ

22 Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, 2012, L 361.

који учествују у механизму ближе сарадње. Унитарно дејство европског патента појављује се након што Европски завод за патенте призна европски патент са истим сетом патентних захтјева за све државе чланице према постојећем поступку предвиђеном КЕП-ом и на захтјев носиоца европског патента буде прописано заведено унитарно дејство у Регистар.²³

Унитарни патент који је регистрован као такав сматра се јединственим правом ЕУ а може бити ограничен, пренесен или опозван само у свим државама чланицама које учествују у механизму ближе сарадње. Подносилац пријаве плаћа административне таксе и таксе за одржавање европског патента само Европском заводу за патенте, а не и националним патентним заводима што умањује огромне трошкове које су имали подносиоци пријава.

Унитарни патент је територијално ограничен на онај број држава који учествују у механизму ближе сарадње. То је простор од двадесет пет држава чланица ЕУ док Шпанија и Италија нису приступиле овом механизму. Хрватска као најмлађа чланица ЕУ још увијек није приступила ближој сарадњи у области унитарног патента а Пољска је најавила да неће ратификовати Споразум о јединственом патентном суду. Овај систем патентне заштите превазилази територијалну ограниченост претходних система, али не рјешава проблем у потпуности. Унитарним патентом није обухваћен комплетан простор држава чланица ЕУ. Изван њега су остале три државе и овај систем их не обавезује. И у овом случају принцип територијалности остаје проблем, јер право које настаје на основу Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите није дио правних тековина ЕУ (*acquis communautaire*), јер акти који су усвојени у оквиру механизма ближе сарадње обавезују само државе чланице ЕУ које учествују у тој сарадњи. За правне системе Шпаније и Италије оне су страном право.

5. Осврт на начело територијалности и системе патентне заштите у ЕУ

Патентна заштита у ЕУ није јединствена. Покушаји да се усвоји међународни уговор или секундарни акт ЕУ којим би се материја патента унификовала до сада нису уродили плодом. Највећи проблем за настајак комунитарног патента који би био јединствен на нивоу ЕУ нису материјалноправне норме, већ систем превођења. Он је био камен спотицања свим покушајима успостављања комунитарног патента.

23 Вид. члан 3. Уредбе; Ј. Ђеранић, 49.

Важећи системи патентне заштите постоје паралелно и врше територијалну фрагментацију тржишта ЕУ. Уливају несигурност за патентну заштиту. Национални патент је територијално ограничен на државу која га је признала. Патент заштићен на основу Уговора о сарадњи у области патената има исто дејство као и национални патент само олакшава поступак подношења пријаве у више држава. Територијално је ограничен као и национални патент само на оне државе које су признале патентну заштиту. Европски патент се такође „улива“ у национални патент и ограничен је на територију држава које је подносилац пријаве назначио.

Систем патентне заштите који је предвиђен унитарним патентом донекле превазилази начело територијалности али не и у потпуности. Он не обухвата комплетну територију ЕУ, већ само државе које учествују у механизму ближе сарадње. Примјера ради, ако би компанија из Њемачке била носилац унитарног патента а компанија из Шпаније повриједи патент ове компаније на територији Шпаније Јединствени патентни суд не би био надлежан у овом спору јер Шпанија не учествује у механизму ближе сарадње за успостављање унитарне патентне заштите, док би за повреду овог патента учињеној у било којој другој држави чланици ЕУ која учествује у ближој сарадњи био надлежан.

IV Закључак

Три система патентне заштите која су на снази паралелно у ЕУ су национални патент заштићен националним законима држава чланица ЕУ, патент заштићен на основу Уговора о сарадњи у области патената и европски патент заштићен на основу Конвенције о издавању европских патената. Четврти систем патентне заштите путем унитарног патента који се заснива на Уредби о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите, Уредби о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења и Споразума о јединственом патентном суду још увијек није на снази, јер Споразум није ратификовао довољан број држава. Судбина унитарног патента је још увијек неизвесна, јер су и у прошлости у ЕУ усвајане конвенције које нису ступале на снагу (нпр. Конвенција о европском патенту за јединствено тржиште и Споразум о комунитарном патенту). Ратификација Споразума о јединственом патентном суду иде веома споро. Неопходно је да га ратификује 13 држава а до сада су га ратификовале 9 држава. Ступањем на снагу овог Споразума систем патентне заштите путем унитарног патента почео би да се примјењује у ЕУ. Унитарним патентом би се сма-

њили трошкови и олакшао поступак признавања патената у ЕУ. Међутим, њиме се не би ријешило у потпуности проблем који прави начело територијалности. Унитарни патент није комунитарни патент и ограничен је на територије држава које учествују у механизму ближе сарадње. Државе које учествују у механизму ближе сарадње не обухватају све државе чланице ЕУ а тиме се врши фрагментација унутрашњег тржишта ЕУ.

Начело територијалности за патенте у ЕУ може бити превазиђено само усвајањем система патентне заштите засноване на јединственим материјалноправним нормама који ће се односити на цијелу територију ЕУ у виду комунитарног патента. Досадашња искуства са развојем унификације патентног права ЕУ у виду комунитарног патента нису обећавајућа и представљају превелике циљеве који се веома споро остварују.

Njegoslav JOVIĆ, MA

Senior Assistant at the Faculty of Law University of Banja Luka

THE PRINCIPLE OF TERRITORIALITY AND SYSTEMS PATENT PROTECTION IN THE EUROPEAN UNION

Summary

Until recently patent law was considered a completely national law and it was in complete jurisdiction of the state. The emergence of the European Community and later the European Union this postulate is shaken and questioned. In the European Union there are four recognition system patent. These are national patent, patent protected on the basis of the Agreement on cooperation in the field of patents, European patent and unitary patent, which is still not in force. All these systems of patent protection are territorially limited and are valid only in the territory of the State for which protection was sought.

The author analyzes all these systems of patent protection by comparing their territorial range, as well as pointing out on the problems in their application to the EU internal market.

Key words: *the principle of territoriality, national patent, patent protected on the basis of the Agreement on cooperation in the field of patents, European patent, unitary patent, EU law.*

Др Ксенија ВЛАШКОВИЋ
сарадник Ректората Универзитета у Крагујевцу

АКТУЕЛНИ СТАВ ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ О ПАТЕНТИРАЊУ ЉУДСКИХ ЕМБРИОНАЛНИХ МАТИЧНИХ ЋЕЛИЈА

Резиме

Људске ембрионалне матичне ћелије су предмет новијих истраживања у биотехнологији, нарочито с обзиром на отворене и значајне могућности њихове примене у медицинске сврхе. Међутим, оваква примена изазива озбиљне моралне дилеме у вези са њиховим патентирањем, а њихово истраживање различито је регулисано у појединим земљама Европске уније.

Директива 98/44/ЕЗ о правној заштити биотехнолошких проналазака односи се само на патентбилност ових проналазака. Овим проблемом бавио се и Европски суд правде управо у настојању да успостави осетљиву равнотежу између интереса и циљева патентног права и неопходности да се у овој области подстакне употреба ембрионалних матичних ћелија у сврхе лечења и очувања здравља.

Кључне речи: *партеноте, људски ембрион, феномен геномског отиска, технички поступак, генетске манипулације.*

І Увод

У патентном праву је данас једно од најспорнијих питања заштита проналазака који су резултат истраживања људских ембрионалних матичних ћелија. Наиме, вишегодишњим изучавањима утврђен је поступак њихове изолације, као и могућност даље деобе у лабораторијским условима. Суштина ових проналазака је у природном својству ембрионалних матичних ћелија да се саморепликују у било коју ћелију људског организма, али њихово изоловање истовремено подразумева и уништавање ембриона. Управо је то разлог супротстављених мишљења о истраживању и примени ембрионалних матичних ћелија. Једним се подржава употреба ових ћелија у циљу развоја нових и делотворних терапеутских метода,

нарочито у случајевима тешких обољења, а другим се овакав став доводи у сумњу, полазећи од поштовања достојанства и интегритета личности, као основних вредности људског живота. Оба мишљења се истовремено тешко могу уважити, те је полемика у вези са патентирањем и применом ових проналазака попут Пандорине кутије модерног доба.

У раду је представљен актуелни став Европског суда правде који се односи на тумачење чл. 6, ст. 2, тач. ц Директиве 98/44/ЕЗ о правној заштити биотехнолошких проналазака,¹ у вези са питањем да ли су и под којим условима ембрионалне матичне ћелије добијене партеногенезом² активираних неоплођених јајних ћелија обухваћене овом одредбом. Наиме, Европски суд правде је направио разлику између ембрионалних матичних ћелија које се не могу патентирати и оних које се могу патентирати. По становишту овог суда, не могу се патентирати ембрионалне матичне ћелије настале оплодњом јајне ћелије. Насупрот томе, могу се патентирати ембрионалне матичне ћелије добијене партеногенезом активираних неоплођених јајних ћелија, под условом да, с обзиром на стање технике, нису способне да започну процес који би водио развоју људског бића.

II Правни основ заштите биотехнолошких проналазака у Европској унији

Конвенцијом о европском патенту у чл. 53 (а) прописано је да се европски патент не може одобрити за проналаске чије би објављивање или коришћење било у супротности са јавним поретком или моралом.³ Правилником о спровођењу Конвенције о европском патенту у чл. 28 (ц) прописано је да се европски патент неће одобрити за биотехнолошке проналаске који се односе на употребу људског ембриона у индустријске или комерцијалне сврхе.⁴ Такође се и у чл. 6, ст. 2, тач. ц Директиве 98/44/ЕЗ о правној заштити биотехнолошких проналазака предвиђа да је

1 Directive 98/44/EC of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, *Official Journal of the European Union* L 213, 30.7.1998, 13-21.

2 Термин партеногенеза потиче из грчког језика, а дефинише се као репродукција без оплодње. Опширније о овоме вид. Regina Bailey, „Parthenogenesis Reproduction Without Fertilization“, *Genetic, Epigenetic, and Developmental Features, Stem Cells Translational Medicine*, бр. 3/2014, 290.

3 Закон о потврђивању Конвенције о признавању европских патената - Конвенција о европском патенту од 5. 10. 1973, са изменама члана 63. Конвенције о европском патенту од 17.12.1991. године и изменама од 29.11.2000. године, *Службени гласник РС – Међународни уговори* бр. 5/10, тач. 53.

4 Правилник о спровођењу Конвенције о признавању европског патента, Глава V - Изузеци од патентбилности, *Службени гласник РС – Међународни уговори* бр. 5/10, правило 28(ц).

из патентирања искључено коришћење људског ембриона у индустријске или комерцијалне сврхе.⁵

Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине⁶ у чл. 27, ст. 2. регулише право потписница споразума да на својој територији могу да искључе из патентирања проналаске, који су супротни јавном реду и моралу, укључујући заштиту живота, здравља људи, животиња или биљака, као и животне средине.

У многим земљама је истраживање и коришћење људских ембрионалних матичних ћелија регулисано свеобухватнијим прописима, а не само прописима патентног права. Тако су, на пример, у Шведској активности у вези са испитивањем људских ембрионалних матичних ћелија у циљу лечења болести дозвољене од 1991. године,⁷ а Законом о генетичком интегритету,⁸ који је донет 2005. године, дозвољен је поступак производње људских ембрионалних ћелија и њихових линија помоћу нуклеарног трансфера једра из соматске ћелије, тј. терапеутско клонирање.⁹ При том се ова техника може користити само уз одобрења Етичког већа и донора ембриона.

У Уједињеном Краљевству за истраживање људских ембрионалних матичних ћелија важе либерални прописи. Наиме, Законом о људској оплодњи и ембриологији¹⁰ из 2008. године, дозвољена су истраживања која обухватају како дониране ембрионе из процеса вештачке оплодње, тако и оне који су посебно створени за истраживачке сврхе. Једина

5 Directive 98/44/EC of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, 1-17.

6 Весна Бесаровић, Благога Жарковић, *Интелектуална својина – међународни уговори*, Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS споразум), Београд, 2009, 420.

7 Act on Measures for Purposes of Research or Treatment Act on the Use of Fertilized Ova, 1991, доступно на адреси: <http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Lagar/Svenskforfattningssamling/Lag-1991>, 17.2.2016, 115.

8 Genetic Integrity Act 2005, доступно на адреси: <http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Lagar/Svenskforfattningssamling/sfs>, 17.2.2016, 351.

9 Терапеутско клонирање је стварање и развој специфичног ембриона, техником нуклеарног трансфера једра из соматске ћелије (енг. *Somatic Cell Nuclear Transfer – SCNT*). Наиме, микро-манипулатором који на врху има изузетно танку стаклену иглу једро се из било које телесне ћелије одстрани и пренесе у јајну ћелију чији је генетски материјал, такође, одстрањен. Новонастала ћелија се оставља у специјалном инкубатору који регулише концентрацију угљен-диоксида и температуру, при чему се у течни медијум у ком се ћелија налази додаје велики број супстанци које имају за циљ да ћелији обезбеде неопходне услове за раст и деобу. Вид. Andrew J French, *et al.*, „Development of human cloned blastocysts following somatic cell nuclear transfer with adult fibroblasts“, *Stem cells*, бр. 2/2008, 485-493.

10 Human Fertilization and Embryology Act 2008, доступно на адреси: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, 19.2.2016, 12-17.

забрана односи на могућност коришћења ембриона чија је старост до четрнаестог дана након оплодње.¹¹

У Европској унији за тумачење патентбилности проналазака људских ембрионалних матичних ћелија посебан значај припада пракси Европског патентног уреда. Тако је, на пример, у предмету *WARF/Thomson*,¹² Велико жалбено веће Европског патентног уреда одлучило да није могуће одобрити патент за коришћење ових ћелија које су добијене уништавањем људског ембриона. Међутим, Велико жалбено веће је нагласило да оваквим ставом није решено опште питање патентбилности људских матичних ћелија.

III Поступак у случају „*International Stem Cell Corporation v Comptroller General of Patents*“ пред националним судом

Интернационална корпорација за матичне ћелије (у даљем тексту: ISCC) поднела је Канцеларији за индустријску својину Уједињеног Краљевства пријаву за регистровање националног патента, који се, поред осталог, односио на поступак производње хуманих ембрионалних матичних ћелија партогенетском активацијом неоплођених јајних ћелија, тј. ооцита. Поступак производње се односио на примену електро – хемијских метода за партогенетску активацију ових ћелија.¹³

Позивајући се на пресуде *WARF/Thomson*¹⁴ и *Brüstle*¹⁵ Европског суда правде, Канцеларија за интелектуалну својину Уједињеног Краљевства одбила је регистрацију наведеног патента, са образложењем да је реч о употреби људског ембриона за индустријске и комерцијалне сврхе, која

11 Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause Regina v. Secretary of State for Health, Alliance, 13 March 2003, доступно на адреси: www.publications.parliament.uk/pa/.../quinta-1.ht..., 22.2.2016.

12 Одлука Великог жалбеног већа Европског патентног уреда G 2/06, тач. 25 - 27, Entscheidung der Großen Beschwerdekammer vom 25.11.2008, Wisconsin Alumni Research Foundation (WARF), Amtsblatt EPA, бр. 5/2009, 306.

13 Патентна пријава GB0621068.6 од тач. 1-29, насловљена је „Партогенетска активација ооцита за производњу хуманих ембрионалних матичних ћелија“, ISCC's patent applications, England and Wales High Court (Chancery Division) Decisions, International Stem Cell Corporation v Comptroller General of Patents, 17 April 2013, доступно на адреси: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/807.html>, 2.3.2016, тач. 23.

14 Одлука Великог жалбеног већа Европског патентног уреда од 18.10.2011G 2/06, тач. 29.

15 Пресуда Европског суда правде од 18.10.2011, C-34/10 Oliver Brüstle v. Greenpeace e. V“, доступно на адреси: www.eur-lex.europa.eu, 20.2.2016, тач. 46. Опширно о овој пресуди вид. Ксенија Влашковић, „Истраживања ембрионалних матичних ћелија – између подршке и забране“, *Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању* (ур. Божин Влашковић), Крагујевац, 2013, 275.

је по чл. 6, ст. 2, тач. ц, Директиве 98/44/ЕЗ о правној заштити биотехнолошких проналазака искључена из патентне заштите.

Против ове одлуке поднета је жалба националном суду, у којој је ISCC нагласио да су наведеним пресудама Европског суда правде из патентне заштите искључени само они организми, чији развој води стварању људског бића. Насупрот томе, предмет патентне пријаве су организми који немају способност за даљи развој, па се зато могу патентирани.

У току поступка Контролор Канцеларије је истакао да је кључно тумачење синтагме „организам способан да започне развоја људског бића, као што то чини ембрион створен оплодњом јајне ћелије“, која је употребљена у наведеним пресудама Европског суда правде.¹⁶

Надлежни национални суд је најпре нагласио да се, у конкретном случају, партеногенеза одвија активацијом неоплођене јајне ћелије, уз примену хемијских и електричних метода и техника. Новонастале ћелије, које су створене без оплодње, способне су за даљу деобу, али према постојећим научним сазнањима, овакав организам не може да се развије на исти начин као организам из оплођене јајне ћелије. У циљу успостављања баланса између подстицања истраживања у области биотехнологије и очувања достојанства и интегритета личности, суд је прекинуо поступак и Европском суду правде је упutio следеће питање: „Да ли је у појам „људски ембрион“ у смислу чл. 6, ст. 2, тач. ц Директиве 98/44/ЕЗ о правној заштити биотехнолошких проналазака укључена неоплођена јајна ћелија чије је дељење и даљи развој стимулисан партеногенезом, а која за разлику од оплођене ћелије, садржи само плурипотентне ћелије које нису способне да се развију у људско биће?“¹⁷

IV Мишљење општег правозаступника *Villalona*

У уводном разматрању општи правозаступник *Villalon* је истакао да развој људског бића почиње оплодњом јајне ћелије. Низом ћелијских деоба, тј. браздањем, формира се лоптаста структура од 8 до 16 ћелија, звана морула. Петог дана по оплодњи, настаје бластоцит, велика шупља лоптаста структура, која се састоји од два типа ћелија. Први тип су ћелије које чине зид бластоцита и учествују у развоју постелице. Други тип су ембрионалне матичне ћелије које чине унутрашњу масу бластоцита. Даљом деобом оба типа ћелија настаје

16 England and Wales High Court (Chancery Division) Decisions, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents*, тач. 22.

17 Захтев за прелиминарну одлуку на основу чл. 267, УФЕУ-а односи се на тумачење чл. 6, ст. 2, тач. ц Директиве 98/44/ЕЗ о правној заштити биотехнолошких проналазака.

нови организам.¹⁸ Међутим, у конкретном случају је реч о поступку примене електро-хемијских метода за партогенетску активацију неоплођене јајне ћелије, тј. ооцита. Будући да није оплођена, ова ћелија садржи само „мајчински геномски отисак“,¹⁹ а њеним даљим развојем настаје организам који се назива партенота.²⁰ С обзиром да се развијају искључиво из унутрашњег слоја бластоцита, партеноте су изгубиле својство тотипотентности,²¹ те се из њих не може развити људски организам. Недостатак „очинског геномског отиска“ могао би се, по мишљењу опонената у овом спору, превладати генетским манипулацијама. У том смислу, представници португалске и британске владе наводе пример успешног коришћења генетских манипулација код мишева у циљу добијања одрживих потомака из првобитних партенота.²² У току расправе, ни заступници ISCC нису оповргли ту могућност, али су истакли да би генетска манипулација потребна за постизање циља њиховог истраживања, у битном изменила саму природу партенота.

Општи правозаступник *Villalon*, даље наводи да је у пресуди *Brüstle* Европски суд правде сматрао да „свака људска јајна ћелија након оплодње, свака неоплођена људска јајна ћелија у којој је уграђено ћелијско једро из зреле људске ћелије и свака неоплођена људска јајна ћелија чија је даља деоба стимулисана партеногенезом чине људски ембрион“.²³ Међутим, он истиче и да је: „...задатак националног суда, да у светлу научних достигнућа, утврди да ли матична ћелија добијена из људског ембриона у фази бластоцита представља „људски ембрион“ у смислу чл. 6, ст. 2, тач. ц, Директиве 98/44/ЕЗ о правној заштити биотехнолошких проналазака“.²⁴ Другим речима, општи правозаступник наглашава да је намера законодавца била да ис-

18 Opinion of Advocate General Cruz Villalon, delivered on 17 July 2014, Case C-364/13, *International Stem Cell v. Comptroller General of Patents*, доступно на адреси: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-364/13, 21.2.2016, тач. 15.

19 Геномски отисак значи да су неки гени изражени само из очинског, а други само из мајчинског DNK. У складу с тим, људски ооцити, који носе само мајчински DNK у току стимулисане деобе не могу развити одговарајућа спољашња ембрионална ткива.

20 Као предмет законске дефиниције израз партенота употребљен је у чл. 2, ст. д, швајцарског Савезног закона о истраживању ембрионалних матичних ћелија: „Партеноте - организми настали из неоплођене јајне ћелије. Schweizerische Bundeskanzlei, Bundesgesetz über die Forschung embryonalen Stammzellen, AS 2005, 947.

21 Тотипотентност је својство ембрионалне матичне ћелије да њеном диференцијацијом може настати било која ћелија организма.

22 Z. Chen, *et al.*, „Birth of Parthenote Mice Directly from Parthenogenetic Embryonic Stem Cells“, *Stem Cells*, бр. 27/2009, 2136.

23 Пресуда Европског суда правде „C-34/10 Oliver Brüstle v. Greenpeace e. V“, тач. 38.

24 *Ibid.*, тач. 22.

кључи сваку могућност патентбилности проналазака у оним случајевима у којима би могло бити угрожено поштовање људског достојанства. У складу с тим је и Европски суд правде увео нови критеријум, означивши га изразом „организам способан да започне поступак развоја људског бића“. Ако организам има такву способност, он је функционално еквивалентан ембриону и зато је укључен у појам „људски ембрион“.

С обзиром на изнете аргументе, општи правозаступник *Villalon* сматра да неоплођена јајна ћелија, чији је даљи развој стимулисан партеногенезом, није укључена у појам „људски ембрион“ у смислу чл. 6, ст. 2, тач. ц Директиве 98/44/ЕЗ о правној заштити биотехнолошких проналазака, све док није способна да се развије у људско биће и није генетски манипулисана у сврху постизања такве способности. У складу са чл. 5, ст. 1. и 2. Директиве 98/44/ЕЗ о правној заштити биотехнолошких проналазака, може бити патентиран елемент изолован из људског тела или произведен техничким поступком.²⁵ Заступници ISCC, такође, сматрају да се партеноте не могу сматрати ембрионом, с обзиром да немају способност развоја који би водио стварању људског бића. При томе се позивају и на одлуку Савезног врховног суда Немачке, у којој је заступан став да организми, настали из незрелих јајних ћелија оплођених *in vitro* оплодњом, нису ембриони, јер немају способност да започну процес развоја људског бића.²⁶

V Одговор Европског суда правде

Европски суд правде је најпре истакао да сврха Директиве 98/44 о правној заштити биотехнолошких проналазака није да регулише коришћење људског ембриона у контексту научног истраживања, већ је ограничена на одређивање патентбилности биотехнолошких проналазака.²⁷ Појам „људски ембрион“, у смислу чл. 6, ст. 2, (ц), Директиве 98/44/ЕЗ о

25 У складу са чл. 5, ст. 1. и 2, Директиве 98/44 о правној заштити биотехнолошких проналазака прописано је да: „Људско тело у различитим фазама обликовања и развоја или једноставно откриће неког од његових елемената, укључујући и секвенцу или делимичну секвенцу гена не може представљати проналазак који се може патентирати. Елемент изолован из људског тела или произведен на други начин путем техничког поступка, укључујући секвенцу или делимичну секвенцу гена може представљати проналазак који се може патентирати, чак и ако је структура тог елемента идентична структури природног елемента.“ Directive 98/44 on the legal protection of biotechnological inventions, *Official Journal of the European Union* L 213, 1998, 18.

26 Савезни врховни суд Немачке од 27.11.2012, X ZR 58/07: *Eingeschränkte Patentierung von neuronalen Vorläuferzellen-Neurale Vorläuferzellen II*, GRUR, 3/2013, 272-275.

27 Пресуда Европског суда правде од 18.10.2011, C-34/10: *Weite Auslegung des Begriffs „menschlicher Embryo“ – Brüstle*, тач. 12, GRUR, 12/2011, 1104.

правној заштити биотехнолошких проналазака, мора се разумети у склопу аутономног концепта права Европске уније, чије тумачење је јединствено за целу територију.²⁸ Развијајући став у пресуди *Brüstle*, по којем се и неоплођена јајна ћелија сматра људским ембрионом у смислу чл. 6, ст. 2, (ц), Директиве о правној заштити биотехнолошких проналазака, закључује се да такав организам мора бити способан да започне процес развоја људског бића.

У конкретном случају чињенично стање се разликује у односу на оно које је основа за пресуду *Brüstle*. Наиме, имајући у виду тренутно научно сазнање, људски организам створен уз коришћење технике није способан да започне процес који би водио развоју људског бића. Европски суд правде је, из тог разлога, на постављено питање одговорио на следећи начин: „Члан 6, ст. 2, (ц) Директиве 98/44/ЕЗ о правној заштити биотехнолошких проналазака мора се тумачити у смислу да неоплођена јајна ћелија чије су дељење и развој стимулирани партеногенезом није обухваћена појмом „људски ембрион“, ако у светлу постојећег научног знања нема способност да се развије у људско биће, о чему ће одлучивати национални судови“.²⁹

VI Закључак

Током последње деценије бројни фактори су допринели да се генерише широки спектар одговора на подручју истраживања људских ембрионалних матичних ћелија. У случају *Brüstle* развијени су, поред осталог, референтни начини поступања у вези са патентима биотехнолошких проналазака.

Пресудама Европског суда правде и пресудама Савезног врховног суда Немачке није нарушено истраживање људских ембрионалних матичних ћелија. Наиме, анализирана пресуда „*International Stem Cell v Comptroller General of Patents*“ Европског суда правде нема непосредно дејство на врло различите националне дефиниције људског ембриона, уколико је реч о његовој примени ван домена патентног права. Јединствено тумачење овог појма односи се само на утврђивање домања забране патентирања, сходно Директиви 98/44/ЕЗ о правној заштити биотехнолошких проналазака, па се исто тумачење не може пренети на друге

28 Пресуда Европског суда правде *Brüstle*, тач. 26, GRUR 12/2011, 1108.

29 Пресуда Европског суда правде *International Stem Cell Corporation против Comptroller General of Patents*, тач. 38.

контексте. У прилог овој тези можемо навести и чињеницу да се у оквиру Европске уније издвајају значајна средства за финансирање истраживања људских ембрионалних матичних ћелија. Поред тога, Европска комисија подржава акције и иницијативе којима се доприноси координацији и рационализацији ових истраживања, као и формирању европског регистра линија људских ембрионалних матичних ћелија.

Људско достојанство, јавни поредак и морал нарочито морају бити поштовани у свим екстремним случајевима, а то су они у којима се при изоловању ембрионалних матичних ћелија уништава људски ембрион. Међутим, истовремено је неопходно наставити са истраживањима и развојем нових поступака за производњу и коришћење људских ембрионалних матичних ћелија, с обзиром на њихов значај нарочито у медицини.

Ksenija VLAŠKOVIĆ, PhD

Associate at Rectorate, University of Kragujevac

CURRENT POSITION OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE ON THE PATENTING OF HUMAN EMBRYONIC STEM CELLS

Summary

Human embryonic stem cells have been the subject of recent research in biotechnology, particularly with regard to open significant possibilities for their use for medical purposes. However, this application raises serious moral dilemmas related to their patenting, and their research regulated differently in different countries of the European Union.

Directive 98/44 / EC on the legal protection of biotechnological inventions applies only to the patentability of these inventions. This problem is dealt with by the European Court of Justice Administration in an effort to establish a delicate balance between the interests and objectives of patent law and the necessity to be in this area encourage the use of embryonic stem cells for purposes of treatment and health care.

Key words: *partenote, human embryo, the phenomenon of genomic fingerprint, technical procedure, genetic manipulation.*

**Владимир БОРОВАЦ, мастер
студент докторских студија Правног факултета
Универзитета у Београду**

НЕКА ОТВОРЕНА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА ЗАШТИТОМ ЧУВЕНИХ ОЗНАКА ОД РАЗВОДЊАВАЊА

Резиме

Већина савремених законодавстава прописује да чувене робне ознаке (ознаке које су стекле висок ниво познатости и репутације међу потрошачима) уживају проширену заштиту у односу на остале ознаке, која се назива заштита од разводњавања. Међутим, овај вид заштите ознака изазива опречна мишљења у правној теорији и проблеме приликом примене у пракси. У раду је, након уводног излагања, указано на различите видове заштите од разводњавања који постоје у савременом праву жига и изнети су разлози којима се настоји оправдати њихово постојање. Након тога су проучавани основни аргументи који се наводе у литератури као критика оправдања института заштите од разводњавања. Указано је да чак постоје ставови који доводе сумњу настанак било каквих негативних последица у случају коришћења чувене ознаке од стране трећих лица за обележавање различите робе од оне за коју је ознака регистрована. Аутор је затим анализирао један историјски разлог који је утицао на турбулентан развој овог вида заштите ознака, а који се тиче научног рада којим је овај институт први пут представљен у англосаксонској литератури. На крају су изнета закључна разматрања.

Кључне речи: *право интелектуалне својине, право жига, чувена ознака, разводњавање, нарушавање дистинктивности, нарушавање репутације, слободна вожња.*

I Увод

Жиг за предмет заштите има ознаку којом титулар жига обележава своју робу и услуге на тржишту у циљу разликовања од исте или сличне робе и услуга другог лица (у наставку ће због једноставности бити речи само о роби, а све речено се односи и на услуге). Дакле, предмет жига

није само ознака, већ и роба која је том ознаком обележена. Описана веза ознаке и робе се назива начело специјалности. Основно овлашћење које жиг даје свом титулару је искључиво овлашћење да користи заштићену ознаку за обележавање робе за коју је ознака регистрована, као и да свим другим субјектима забрани овај вид коришћења заштићене ознаке. Иако се у складу са начелом специјалности ознака везује за одређену врсту робе, титулар жига има право да другим субјектима забрани да у промету користе не само заштићену ознаку за обележавање врсте робе за коју је ознака регистрована, него и сличне ознаке за обележавање исте или сличне врсте робе, уколико постоји опасност да таква употреба заштићене ознаке доведе потрошаче у заблуду у погледу порекла робе. Наведени обим заштите је у потпуности у складу са сврхом жига која се састоји у заштити основне функције робне ознаке, односно функције ознаке да указује на порекло робе.

У новије време је дошло до делимичног одступања од начела специјалности, које се огледа у прописивању института заштите чувених ознака од „разводњавања” (енг. *dilution*). Реч је о институту који је данас прописан у праву жига велике већине држава. Широка прихваћеност овог института је, између осталог, последица чињенице да је прописан Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*TRIPS*) чије су потписнице државе чланице Светске трговинске организације, а чија су решења прихватиле државе које настоје да постану чланице ове међународне организације.¹

Путем института заштите од разводњавања се ознакама које су стекле висок ниво познатости и репутације међу потрошачима (чувене ознаке) пружа додатна заштита у односу на описану заштиту коју уживају све жигом заштићене ознаке. Овај институт овлашћује титулара жига којим је заштићена чувена ознака (тзв. чувени жиг) да забрани трећим лицима да под одређеним условима користе заштићену (или њој сличну) ознаку за обележавање било које врсте робе, и то независно од чињенице да ли услед такве употребе потрошачи могу бити доведени у заблуду у погледу порекла робе. Дакле, заштита од разводњавања се протеже и на ситуације када треће лице користи заштићену ознаку за обележавање ро-

1 Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине од 15. априла 1994. године (ступио на снагу 1. јануара 1995. године) чини Анекс II Споразума из Маракеша којим је установљена Светска трговинска организација. Скраћени назив овог споразума – *TRIPS* представља скраћеницу његовог назива на енглеском језику (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

бе која није слична роби за коју је ознака регистрована. То значи да се путем овог института „пробија” начело специјалности које је у дугом периоду представљало основни принцип права жига.

Међутим, институт заштите од разводњавања је по много чему споран. Пре свега, постоје значајне разлике између начина на који је овај институт обликован у различитим правним системима, што представља изузетак у сфери права жига које је у приличној мери хармонизовано на светском нивоу. Још веће разлике постоје између различитих аргумената којима се у теорији покушава оправдати институт заштите од разводњавања чувених ознака. Такође, у погледу многих других аспеката овог института постоје различита мишљења и спорења у правној теорији и судској пракси. У литератури су чак изражени ставови да институт заштите од разводњавања представља једну од великих мистерија права жига, да судије имају велике проблеме да га разумеју, а научници да га оправдају, да су његове многе примене проблематичне – експанзивне по обиму, антикомпетитивне по потенцијалном ефекту и да представљају претњу начелу слободе изражавања, али да и поред тога наведени институт чврсто држи своје место у праву жига.²

У наставку рада ће прво бити указано на различите видове заштите од разводњавања који постоје у савременом праву жига и биће изнети разлози којима се настоји оправдати њихово постојање. Након тога ће бити указано на основне аргументе који се у литератури наводе као критика оправдања института заштите од разводњавања. Затим ћемо анализирати један историјски разлог који је условио развој овог института и начин на који је он обликован у савременом праву жига. На крају ћемо изнети закључна разматрања.

II Основни видови заштите чувених ознака од разводњавања и њихова оправдања

Приликом проучавања института заштите чувених ознака од разводњавања се на први поглед намеће закључак да је реч о институту који представља скуп института међу којима постоје значајне разлике. Сходно томе у литератури чак постоје предлози да се термин „разводњавање” на-

2 Robert G. Bone, „Schecheter’s Ideas in Historical Context and Dilution’s Rocky Road”, *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Vol. 24/2007–2008, 470.

пусти као недовољно прецизан, те да се уместо тога говори о институти-ма који улазе у његов састав.³

Прво овлашћење носиоца чувеног жига које се сврстава у институт заштите од разводњавања представља овлашћење на спречавање употребе ознаке исте или сличне чувеној ознаци која би могла да наруши њену дистинктивност (енг. *blurring*). Преовлађујуће оправдање овог овлашћења се заснива на тврдњи да се употребом од стране трећег лица ознаке која је иста или слична чувеној ознаци у свести потрошача замагљује веза између чувене ознаке и робе која је њом првобитно била обележена, односно извора из којег та роба потиче.⁴ Наиме, чувене робне ознаке стварају код потрошача директну асоцијацију на робу коју обележавају и карактеристике те робе без обзира на контекст употребе ознаке (нпр. приликом сусрета са ознаком *Coca-Cola* потрошачи имају директну асоцијацију на конкретан газирани безалкохолни напиток). Овај степен препознавања ознаке од стране потрошача значи да ознака на максимално ефикасан начин обавља функцију носиоца информација о роби на тржишту. Сматра се да би коришћење исте или сличне ознаке од стране трећих лица за обележавање различите робе довело до ситуације да потрошачи за ту ознаку почну да везују више различитих врста робе које потичу из различитих извора, те да чувена ознака не би више изазивала код потрошача директну асоцијацију на робу која је њом првобитно била обележена. Потрошачи би тек из контекста могли да закључе о којој конкретној роби је реч и за то би им било потребно више времена што значи да би ефикасност чувене ознаке као носиоца информација на тржишту била умањена. У мери у којој би дошло до умањења ефикасности чувене ознаке носилац чувеног жига би трпео штету. Ова последица се у теорији означава и као увећање менталних односно унутрашњих трошкова које потрошач сноси приликом тражења робе на тржишту, чиме се сутерише да долази до отежавања процеса препознавања робе на основу ознаке (односно извора из којег роба потиче и карактеристика које има) који се

3 Barton Beebe, „The Continuing Debacle of U.S. Antidilution Law: Evidence from the First Year of Trademark Dilution Revision Act Case Law”, *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Vol. 24/2007–2008, 467.

4 Изложено оправдање овлашћења на спречавање нарушавања дитинктивности чувене ознаке (*blurring*) је, према нашем мишљењу, преовлађујуће, али свакако није једино оправдање које је понуђено за ово овлашћење. Преглед различитих оправдања овог овлашћења, као и критику сваког од њих вид. у Panah Simon Fhima, *Dilution by Blurring: A Conceptual Roadmap*, 2010, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1531581, 26.3.2016.

одиграва у свести потрошача.⁵ Да би се спречило да наступе наведене последице, носиоцу чувеног жига се додељује овлашћење да забрани свим трећим лицима да користе ознаку која је идентична или слична чувеној ознаци за обележавање било које врсте робе, уколико таква употреба ознаке може довести до нарушавања дистинктивности чувене ознаке. То значи да би за успех у поступку тужиоцу било потребно да докаже не само да је ознака коју користи тужени иста или слична чувеној ознаци, већ и да постоји опасност да дође до нарушавања дистинктивности чувене ознаке.⁶ Наведено оправдање се уклапа у владајуће економско оправдање жига према којем се сврха жига састоји у пружању заштите робној ознаци као средству које потрошачима олакшава тражење робе, што доприноси снижавању асиметрије информисаности на тржишту која представља једну од његових слабости.

Друго овлашћење носиоца чувеног жига које се сврстава у институт заштите од разводњавања је овлашћење на спречавање нарушавања репутације чувене ознаке (енг. *tarnishment*). Ово овлашћење се оправдава тврдњом да су чувене ознаке у свести потрошача повезане са позитивним асоцијацијама, те да би за носиоца чувеног жига настала штета уколико би ознака која је иста или слична чувеној ознаци била коришћена за обележавање робе која изазива асоцијације неспојиве са чувеном ознаком или робе која је лошег квалитета. Према наведеном схватању постоји опасност да у том случају негативне асоцијације у свести потрошача буду пренете на чувену ознаку и робу која је њом обележена и поред тога што су потрошачи свесни да роба обележена истом или сличном знаком не потиче од носиоца чувеног жига. У литератури се као типични примери ситуација у којима постоји опасност нарушавања репутације чувене ознаке наводе случајеви да стриптиз клуб буде означен знаком *Tiffany* (која се користи за накит и изазива код потрошача осећање префињености) или да знаком *Mercedes* (која представља синоним за висок квалитет) буде означена роба очигледно лошег квалитета.

5 Слагање са овим оправдање вид. у Stacey L. Dogan, Mark A. Lamley, „Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet”, *Houston Law Review*, Vol. 41/2004–2005, 790.

6 Вид. Пресуду Европског суда правде у предмету *Intel Corporation Inc. v CPM United Kingdom Ltd*, (C-252/07) од 27.11.2008. године, пасус 77. Суд је заузео став да доказивање нарушавања дистинктивности чувене ознаке подразумева доказ да је дошло до промене у економском понашању просечног потрошача робе за коју је чувена ознака регистрована као последица коришћења исте или сличне ознаке или доказ да постоји озбиљна вероватноћа да до такве промене понашања дође у будућности.

Треће овлашћење које спада у институт заштите од разводњавања је овлашћење на спречавање коришћења ознаке исте или сличне чувеној ознаци на начин који лицу који ту ознаку користи доноси нефер предност. Ово овлашћење се назива још и овлашћење на забрану нелојалног искоришћавања познатости и репутације чувене ознаке, односно овлашћење на забрану „слободне вожње” (енг. *free-riding*) на наведеним карактеристикама чувене ознаке.⁷ Наиме, да би успео у спору поводом овог овлашћења тужилац не мора да докаже да дистинктивности или репутацији чувене ознаке прети опасност настанка штете, већ је потребно да докаже да тужени услед коришћења исте или сличне ознаке стиче нефер корист која се заснива на репутацији и познатости чувене ознаке. Ово овлашћење се оправдава схватањем да ће се позитивне асоцијације које чувена ознака изазива у свести потрошача преносити на робу коју истом или сличном ознаком обележава треће лице и то независно од чињенице што потрошачи знају да та роба не потиче од носиоца чувеног жига. Истиче се да корист коју треће лице овако оствари представља корист која је стечена на нефер начин јер је искључиво заснована на дистинктивности и репутацији ознаке коју је изградио носилац чувеног жига (најчешће на основу успешног и дуготрајног коришћења ознаке и улагања значајних средстава у њену промоцију). С обзиром на то да се стицање нефер користи сматра неприхватљивим, носиоцу чувеног жига се даје овлашћење да забрани употребе ознака којима се стиче таква корист.

Право Европске уније прописује сва три описана овлашћења носиоца чувеног жига,⁸ док право САД-а прописује само прва два овлашће-

7 Више о економском појму „бесплатне вожње” вид. у Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2013, 302–308 (аутори су лице које се слободно вози означавали термином „слепи путник”).

8 Право жига је на нивоу Европске уније први пут хамонизавано директивом донетом 1988. године, док је тренутно на снази Директива ЕУ, бр. 2436/2015 Европског Парламента и Савета од 16. децембра 2015. године о хармонизацији правних прописа држава чланица који се односе на жиг. Директивом су прописана основна правила о жигу која државе чланице морају да унесу у домаће законе. Паралелно са правом жига држава чланица на нивоу Европске уније је на снази и комунитарно право жига, које је први пут прописано Уредбом донетом 1993. године, коју је наследила Уредба Савета ЕЗ, бр. 207/2009 од 26. фебруара 2009. године о комунитарном жигу, која је измењена и допуњена Уредбом ЕУ, бр. 2424/2015 Европског Парламента и Савета од 16. децембра 2015. године о измени Уредбе Савета ЕЗ, бр. 207/2009 о комунитарном жигу и Уредбе Савета ЕЗ, бр. 2868/95 о имплементацији Уредбе Савета ЕЗ, бр. 40/94 о комунитарном жигу, те о стављању ван снаге Уредбе Савета ЕЗ, бр. 2869/95 о таксама које се плаћају Канцеларији за хармонизацију на унутрашњем тржишту (жигови и дизајни). Два система права жига паралелно постоје па свако лице има избор да жиг региструје у јед-

ња.⁹ Међутим, у литератури постоје мишљења да и поред тога што право САД-а није прописало забрану слободне вожње на дистинктивности и репутацији чувене ознаке, судови одлучују у корист тужилаца са тим мотивом, иако то није увек експлицитно наведено у образложењима пресуда.¹⁰ Уколико је ова тврдња тачна, забрана слободне вожње би се могла означити као скривени (неисказани) основ заштите чувених ознака у праву САД-а. Разлика између института заштите од разводњавања у САД-у и Европској унији се огледа у још неколицини правила. На овом месту ћемо указати само на чињеницу да у Европској унији шири круг ознака ужива заштиту од разводњавања. Наиме, да би се ознака квалификовала за ову заштиту у Европској унији је потребно да има репутацију, што је нижи стандард од стандарда чувености који је био традиционално прихваћен и који је прописан у праву САД-а.¹¹ Ми ћемо у наставку говорити о чувеним ознакама, уз напомену да у контексту права Европске уније под овим подразумевамо ознаке са репутацијом.

ној или у више држава чланица или да регистрацијом комунитарног жига (према новој терминологији: жиг ЕУ) стекне право које ће важити на територији свих држава чланица. Заштита чувених ознака (односно ознака са репутацијом) је на врло сличан начин прописана у важећој Директиви (чл. 10 ст. 2 ал. ц) и Уредби (чл. 9 ст. 1 ал. ц) и она подразумева овлашћење носиоца жига да „спречи свако треће лице које нема његову сагласност да користи у промету, у вези са робом и услугама, ознаку која је идентична или слична заштићеној ознаци, независно од тога да ли су роба и услуге у вези са којима се ознака користи идентичне, сличне или различите онима за које је жиг регистрован, у ситуацијама када заштићена ознака има репутацију у држави чланици и уколико би употреба ознаке без оправдавајућег разлога донела нефер предност од, или би била штетна по, дистинктивни карактер или репутацију заштићене ознаке”. Из наведеног цитата је јасно да носилац жига са репутацијом има сва три анализирана овлашћења.

- 9 Право жига у САД-у је на федералном нивоу уређено Законом о жиговима из 1946. године (*Trademark Act of 1946*, познатији као: *Lanham Act*). Овај закон је више пута мењан и допуњаван, а за заштиту чувених ознака су од значаја измене и допуне из 1995. године, када је донет Федерални закон о разводњавању жига (*Federal Trademark Dilution Act of 1995 – FTDA*) којим је институт разводњавања први пут прописан на федералном нивоу, као и измене из 2006. године, када је донет тренутно важећи Закон о ревизији закона о разводњавању жига (*Trademark Dilution Revision Act of 2006 – TDRA*). У *TDRA* је прописано да носилац чувеног жига има право да спречи коришћење ознаке која може на наруши дистинктивност или репутацију чувене ознаке, а у том закону су дате и дефиниције тих појмова.
- 10 Вид. David J. Franklyn, „Debunking Dilution Doctrine: Toward a Coherent Theory of the Anti-Free-Rider Principle in American Trademark Law”, *Hastings Law Review*, Vol. 56/2004, 118, као и Robert G. Bone, „Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trademark Law”, *Boston University Law Review*, Vol. 86/2006, 606.
- 11 Више о разликама између начина на који је институт разводњавања регулисан у САД-у и Европској унији вид. у J. Thomas McCarty, „Dilution of a Trademark: European and United States Law Compared”, *The Trademark Reporter*, Vol. 94/2004, 1163–1181.

III Критике оправдања института заштите чувених ознака од разводњавања

Изложена оправдања анализираних овлашћења која улазе у састав института заштите од разводњавања су претрпела значајне критике у литератури, на које ћемо укратко указати у наставку. Ове критике на озбиљан начин доводе у питање оправданост прописивања ових овлашћења носиоца чувеног жига.

Основна критика овлашћења на спречавање нарушавања дистинктивности чувене ознаке се састоји у тврдњи да је штета која настаје за дистинктивност чувене ознаке услед њеног коришћења за обележавање различите робе мала или да је нема. У прилог оваквој тврдњи се наводи чињеница да потрошачи без проблема могу из контекста употребе ознаке да закључе о којој роби је реч. Деценијама на тржишту постоје ознаке које истовремено користи више независних субјеката за обележавање своје робе и то није стварало проблеме потрошачима, нити је негативно утицало на могућност носилаца жигова да са успехом промовишу своју робу. Уосталом, заштићене ознаке су најчешће речи које имају своје номинално (језичко) значење (или више значења) које је независно од њихове функције означавања. У таквим случајевима потрошачи су показали способност да без проблема на основу контекста разликују употребе таквих речи у номиналном значењу у односу на употребе у смислу жигом заштићене ознаке. У сваком случају, оправдање овог овлашћења које се заснива на могућем увећању унутрашњих трошкова тражења робе не може да објасни зашто се забрана ограничава само на употребе ознака за обележавање робе, када идентична опасност за нарушавање дистинктивности ознака и увећања унутрашњих трошкова тражења прети и у ситуацијама некомерцијалне употребе ознака.¹²

Такође, емпијска истраживања умањења дистинктивности ознака не говоре снажно у прилог потребе овог вида заштите чувених ознака. Најпознатијим таквим истраживањем, које је извршено у контролисаним (лабораторијским) условима, је код субјеката који су били изложени рекламама које имају потенцијал да наруше дистинктивност чувених ознака мерена промена тачности препознавања асоцијација везаних за чувене ознаке и времена потребног да се изврши препознавање. Време одговора субјеката који су били изложени наведеним рекламама је пове-

12 Више о томе вид. у Rebecca Tushnet, „Gone in Sixty Milliseconds: Trademark Law and Cognitive Science”, *Texas Law Review*, Vol. 86/2008, 546–552.

ћано у просеку за неколико десетина милисекунди, с тим да је то време чак и смањено за најчувенију ознаку која је била предмет експеримента. Наведени резултати наводе на закључак да је изложеност предметним рекламама довела до веома малог повећања менталних, односно унутрашњих трошкова које потрошач сноси приликом тражења робе. С обзиром на то се оправдано поставља питање да ли наведена претња оштећења информационе функције робне ознаке завређује установљавање посебног овлашћења носиоца чувеног жига. Уз то, резултати истраживања наводе на закључак да је дистинктивност најчувенијих ознака имуна на оштећења до којих долази услед коришћења тих ознака за обележавање различите робе.¹³ Овакав закључак доводи до контрадикторности, на коју је указано у литератури, да се институтом заштите од разводњавања штите само чувене ознаке, а да је тој групи ознака таква врста заштите најмање потребна.¹⁴ Уз то, у теорији је указано и да је стандард чувености, који квалификује ознаке за додатну заштиту, тешко теоријски уклопив са оправдањем које се заснива на могућем увећању унутрашњих трошкова тражења робе.¹⁵

Све изложене чињенице су чак довеле до ставова у литератури да је оправдање овлашћења на спречавање нарушавања дистинктивности чувене ознаке које се састоји у указивању на опасност увећања унутрашњих трошкова тражења робе које носе потрошачи, засновано на низу непотврђених претпоставки.¹⁶ У прилог наведеног става говори и чињеница да је тешко наћи пример чувене ознаке која је изгубила дистинктивност, односно способност да означава робу носиоца жига, услед њеног коришћења од стране трећег лица (или више лица) за обележавање различите робе. Наиме, у литератури се не наводе примери ознака чија дистинктивност је разводњена до мере да је способност ознаке да буде носилац информација на тржишту уништена, или значајно оштећена, иако је управо то ситуација коју заговорници овог вида заштите чувених озна-

13 Опис целог истраживања као и анализе добијених резултата вид. у Maureen Morin, Jacob Jacoby, „Trademark Dilution: Empirical Measures for an Elusive Concept”, *Journal of Public Policy & Marketing*, Vol. 19/2000, 265–276. Критичку анализу овог истраживања, али и осталих сличних истраживања вид. у R. Tushnet, 507–568.

14 Вид. Barton Beebe, „A Defense of New Federal Trademark Antidilution Law”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 16/2006, 1162.

15 Graeme B. Dinwoodie, Mark D. Janis, „Dilution’s (Still) Uncertain Future”, *Michigan Law Review First Impressions*, Vol. 105/2006, 100.

16 David J. Franklyn, 130.

ка наводе као последицу до које би неминовно дошло у случају слободног коришћења чувених ознака за обележавање различите робе.¹⁷

Овлашћење на спречавање нарушавања репутације чувене ознаке се сматра најмање контроверзним.¹⁸ Ипак, оправдању овог овлашћења се такође упућују критике да се заснива на претпоставкама које је тешко доказати. Наиме, истиче се да нема доказа да ће репутација чувене ознаке бити умањена у очима потрошача услед коришћења те ознаке за обележавање робе лошег квалитета или робе неспојиве са асоцијацијама које изазива чувена ознака, уколико потрошачи нису доведени у заблуду у погледу порекла робе. Уколико су потрошачи свесни да роба потиче од различитих субјеката, мало је вероватно да ће они мешати мишљења која имају у вези са том робом само због чињенице да је сва роба обележена истом или сличном ознаком.

Као што смо навели, овлашћење на спречавање коришћења ознаке исте или сличне чувеној ознаци на начин који њеном кориснику доноси нефер предност (које се још назива и овлашћење на спречавање слободне војње) није прописано у праву жига САД-а, али јесте у праву жига Европске уније. Европски суд правде је у пресуди предмету *L'Oréal* први пут изнео тумачење према којем право жига Европске уније даје овлашћење носиоцу жига да спречи треће лице да се слободно вози на дистинктивном карактеру и репутацији чувене ознаке.¹⁹ Наведено тумачење Европског суда правде је претрпело значајне критике у делу литературе које се заснивају на ставу да економски и морални аргументи не говоре у прилог давања носиоцу жига овог овлашћења.²⁰ Традиционално се у економији слободна војња везује за проблем настанка позитивних екстерних ефеката, под чим се подразумева корист која настаје за одређене субјекте као последица одлука и поступака других лица у којима ти субјекти нису учествовали. Настанак позитивних екстерних ефеката се сматра непожељним са становишта економске ефикасности јер узрокује субоптимални обим инвестиција у активност која генерише те ефекте. Овај проблем се решава интервенцијом права која има за

17 На чињеницу да не постоје примери разводњених ознака се указује у Christine Haight Farley, „Why We Are Confused about the Trademark Dilution Law”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 16/2006, 1184.

18 Robert G Bone, „A Skeptical View of the Trademark Dilution Revision Act”, *Intellectual Property Law Bulletin*, Vol. 11/2007, 189.

19 Пресуда Европског суда правде у предмету *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC and Laboratoire Garnier & Cie v Bellure NV, Malaika Investments Ltd and Starion International Ltd (C-487/07)* од 18.7.2009. године.

20 Вид. Dev Gangjee, Robert Burrell, A Brief Note on L'Oreal and the Prohibition on Free Riding, 2009, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491402, 25.03.2016.

циљ да омогући интернализацију (присвајање) екстерних ефеката лицу које је заслужно за њихов настанак.²¹ Међутим, у литератури се указује да је појава екстерних ефеката веома честа појава те да се њихова интернализација не сматра пожељном у сваком случају.²² Сматра се да нарочито нема оправданог разлога за интернализацију позитивних екстерних ефеката које генеришу робне ознаке, јер не постоји проблем субоптималног нивоа инвестиција у њихов настанак и изградњу.²³ Морални аргументи за забрану стицања користи на основу употребе чувене ознаке од стране трећег лица такође нису чврсти. Наиме, већ смо напоменули да је слободна вожња на постигнућима (односно уложеном раду, новчаним средствима итд.) других субјеката веома честа појава која начелно није забрањена и која друштвено није квалификована као неморално понашање.²⁴ У складу са тим се поставља питање на основу чега се корист коју је треће лице стекло као последицу дистинктивног карактера и репутације чувене ознаке може квалификовати као нефер корист чије стицање треба да буде забрањено.²⁵

IV Једна историјска околност која је условила развој института заштите чувених ознака од разводњавања

Подсећамо на мишљење које је цитирано на почетку рада, да институт заштите чувених ознака од разводњавања представља мистерију јер чврсто држи своје место у праву жига и поред оспоравања у теорији и проблема који настају у његовој практичној примени. У наредном изла-

21 Више о економском појму екстерних ефеката и начинима њихове интернализације вид. у Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, 332–348.

22 Вид. Mark A. Lamley, „Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review*, Vol. 83/2005, 1050 (Аутор објашњава да друштво у начелу сматра слободну вожњу дозвољеном, а да је она само изузетно забрањена).

23 D. Gangjee, R. Burrell, 9–11.

24 На пример, пијачни продавац који постане познат међу потрошачима због квалитета свог поврћа у мери да се потрошачи због њега одлучују да долазе и купују на одређеној пијаци, доприноси увећању продаје свих осталих продаваца на тој пијаци. У том смислу се сви остали продавци слободно возе на познатости и квалитету поврћа успешног продавца. Међутим, овај вид слободне вожње се не сматра неморалним и чини се да се не би сматрало оправданим када би познати продавац имао право да од продавца чији је промет увећан захваљујући њему наплати новчани износ који је еквивалентан користи коју је за њих произвео.

25 Вид. Eric Goldman, „Brand Spillovers”, *Harvard Law Journal of Law & Technology*, Vol. 22/2009, 390–397 (Аутор анализира различите начине на које трговци искоришћавају познатост и репутацију робних ознака у циљу стицања сопствене користи и указује на чињеницу да трговци ретко буду тужени за повреду жига, а веома ретко суд утврди да неком од анализираних техника врше повреду жига).

гању ћемо анализирати једну од околности историјске природе која је утицала на начин на који се развијао институт заштите од разводњавања, те начин на који је овај институт обликован у савременом праву жига. Ова околност се тиче првог научног рада на тему заштите од разводњавања чувене ознаке у англосаксонској литератури.²⁶

Наиме, концепт заштите ознака од разводњавања (иако без помињања тог термина) је у англосаксонску теорију увео Френк Шехтер (*Frank Schechter*) 1927. године у раду „Рационална основа заштите ознака”, који је постао један од најцитиранијих и најутицајнијих радова из области права жига написаних на енглеском језику.²⁷ Занимљиво је да научне анализе института заштите од разводњавања неретко почињу од излагања Шехтерових мисли што се може протумачити и као индикатор теоријске недовршености овог института. Наиме, да је савремена теорија „заокружила” овај институт, анализа његових почетака би била предмет интересовања само историје права. Међутим, чини се да је Шехтеров рад актуелан данас у истој мери као у и време његовог објављивања.

Једно од могућих објашњења настанка различитих института који се данас сврставају у институт заштите од разводњавања (с тим да се неки од њих значајно разликују од онога за шта се Шехтер залагао), као и многих оправдања тих института, се састоји у неодређености Шехтеровог концепта који је у годинама које су следиле објављивање његовог рада тумачен на различите начине. Шехтер је у свом раду правио суптилне разлике између дефиниција различитих аспеката института заштите ознака од разводњавања.²⁸ То је довело до ситуације да су каснији читаоци изнова проналазили нови смисао Шехтерових реченица, с тим да су сви настојали да својим теоријским доприносом испуне извесну празнину која

26 Ми, наравно, не тврдимо да историјски разлози који ће бити анализирани у наставку представљају околности које су директан узрок начина на који је институт заштите од разводњавања прописан у савременим законодавствима. Законодавне процесе у модерном праву интелектуалне својине покрећу сасвим друге силе (више о томе вид. у Слободан М. Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Службени гласник, Београд, 2014, 275–283). Ипак, сматрамо да анализирани околности имају одређени утицај на стање законодавства, теорије и праксе везане за институт заштите од разводњавања у модерном праву жига.

27 Frank I. Schechter, „The Rational Basis of Trademark Protection”, *Harvard Law Review*, Vol. 40/1927, 813–833.

28 Детаљније вид. у Barton Beebe, *The Suppressed Misappropriation Origins of Trademark Antidilution Law: the Landgericht Elberfeld’s Odol Opinion and Frank Schechter’s The Rational Basis of Trademark Protection*, 2013, 17–20, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283391, 1.04.2016.

је постојала у Шехтеровом концепту заштите ознака од разводњавања. У литератури је указано да ова празнина није настала случајно.²⁹

Наиме, Шехтер је инспирацију за нови концепт заштите ознака пронашао у одлуци немачког суда у предмету *Odol*, којом је суд усвојио тужбени захтев тужиоца, носиоца жига којим је заштићена ознака *Odol* за обележавање течности за испирање уста, те забранио туженом да наведену ознаку користи за обележавање производа од челика. Наведена одлука је цитирана у раду уз тврдњу да она представља потврду новог концепта заштите ознака. Међутим, у литератури је истакнуто да је Шехтер селективно цитирао одлуку у предмету *Odol* у намери да прикрије суштину њеног образложења која се састојала у констатацији суда да је противно добрим пословним обичајима да се присвајају плодови туђег рада.³⁰ Дакле, суштина образложења суда у одлуци *Odol* се заснива на осуди слободне вожње као неприхватљивог поступања. Ову чињеницу је Шехтер прикрио у свом раду, вероватно свестан неповољне климе која је у правној теорији САД-а у то време владала према забрани слободне вожње. Изостављање кључног дела образложења одлуке у предмету *Odol*, Шехтер је покушао да надомести релативно неодређеним тврдњама о штети која настаје за ознаке у случају губитка јединствености услед коришћења за обележавања различите робе.

Недовољна одређеност Шехтеровог оправдања заштите ознака од разводњавања, као и непрецизност Шехтерових дефиниција различитих аспеката овог вида заштите ознака су значајно утицали на даљи развој овог института. Ове околности су представљале предуслов развоја концепта заштите од разводњавања у више различитих праваца, те његовог „цепања” на више, у приличној мери, међусобно различитих института. Описани пут развоја овог института би се могао окарактерисати и као изванредан вид лутања у потрази за одговором на питање: шта се тачно подразумева под „разводњавањем” чувене ознаке, односно коју конкретну негативну последицу, чији настанак је могуће доказати, има за циљ да спречи прописивање додатних овлашћења носиоца чувеног жига?³¹ Чини се да о одговору на ова питања не постоји сагласност у савременој теорији и пракси права жига.

29 *Ibid.*, 4.

30 *Ibid.*, 12–17.

31 Слично питање се у донекле другачијем контексту поставља и у *ibid.*, 8.

V Закључак

Савремена законодавства већине држава предвиђају да чувене жигом заштићене ознаке уживају ширу заштиту од тзв. обичних ознака. Носиоци чувених жигова имају овлашћење да под одређеним условима забране трећим лицима да користе заштићену ознаку, или ознаку која јој је слична, за обележавање било које врсте робе, независно од чињенице да ли услед такве употребе потрошачи могу бити доведени у заблуду у погледу порекла робе. Ово овлашћење носиоца чувеног жига се назива овлашћење на заштиту чувене ознаке од разводњавања. Реч је о овлашћењу које се састоји се од неколико овлашћења између којих постоје разлике и која се у теорији оправдавају различитим аргументима.

Иако широко прихваћен у савременим законодавствима, институт заштите од разводњавања изазива опречна мишљења у правној теорији и проблеме приликом примене у пракси. У теорији се нарочито воде расправе око аргумената који се наводе као оправдање сваког од овлашћења носиоца чувеног жига која спадају у институт заштите од разводњавања. Заговорници овог института тврде да би за чувене ознаке и носиоце жигова којима су оне заштићене настали разни видови штете уколико би се забрана коришћења тих ознака ограничила на ситуације у којима постоји опасност довођења потрошача у заблуду. Са друге стране, скептици изражавају сумњу у настанак негативних последица у ситуацији коришћења чувених ознака од стране трећих лица за обележавање различите робе од оне за коју је ознака регистрована, и захтевају пружање чврстих доказа да негативне последице наступају. Поједини критичари института заштите од разводњавања чак у потпуности негирају потребу његовог постојања.

Сматрамо да се једна од околности која је утицала на турбулентан развој института заштите од разводњавања током година тиче и научног рада којим је овај институт први пут представљен у англосаксонској литератури 1927. године, а чији аутор је Френк Шехтер. Недовољна одређеност Шехтеровог концепта заштите ознака од разводњавања и аргумената којима је покушао да оправда свој концепт, а која неодређеност није случајна, су утицале на то да његове мисли буду тумачене на различите начине у годинама које су следиле објављивање његовог рада. Ове околности су представљале предуслов „цепања” овлашћења на забрану разводњавања чувене ознаке на више посебних овлашћења, као и на настанак више теорија о томе које негативне последице ова овлашћења треба да спрече, о чему ни данас не постоји потпуна сагласност међу теоретичарима права жига.

Vladimir BOROVIAC, MA

PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade

SOME OPEN ISSUES REGARDING THE PROTECTION OF FAMOUS TRADEMARKS AGAINST DILUTION

Summary

Most contemporary legislations stipulate that famous trademarks (designated as those that have acquired a high level of recognisability and reputation among consumers) enjoy broader protection compared to other trademarks, known as protection against dilution. However, this form of protection of trademarks provokes opposing opinions in legal theory and causes problems in practical implementation. The paper, after the introduction, points to the different types of protection against dilution which exist in contemporary trademark law and presents the reasons that attempt to justify their existence. After that the principal arguments quoted in literature were studied as criticism of justifying the institution of protection against dilution. It was stressed that there were even views that question the occurrence of any such negative consequences in the case when a famous trademark is used by third parties to mark goods different from the one for which the trademark was registered. The author then analyzed a historical reason that impacted the turbulent development of this form of trademark protection, which refers to the scientific paper with which this institution was first presented in Anglo-Saxon literature. Final considerations are presented at the end.

Key words: *intellectual property law, trademark law, famous trademark, dilution, blurring, tarnishment, free riding.*

**Новак ВУЈИЧИЋ, мастер
адвокат**

СРОДНОПРАВНА ЗАШТИТА БАЗА ПОДАТАКА – ОСНОВНИ ИЛИ ДОПУНСКИ ОБЛИК ЗАШТИТЕ?

Резиме

У раду се анализира сродноправна заштита база података у српском праву, покушава да се установи њен стварни дамашај, као и да се утврди да ли она може, односно да ли треба да представља основни и/или допунски облик заштите база података. Рад је подељен у две целине. У првом делу су приказана основна питања у вези са сродноправном заштитом база података и указано је на неодређеност законских одредаба којима се она уређује. У другом делу приказани су други најчешћи облици правне заштите база података и то: ауторско право, право сузбијања нелојалне конкуренције, уговори, те технолошке мере и електронске информације о правима. Анализа показује да у складу са домаћим прописима, који преваходно штите интересе улагања у развој база података, сродноправна заштита треба да представља основни облик заштите база података. Међутим, због законске неодређености њеног дамашаја и непостојања значајније судске праксе, сродноправна заштита тренутно не гарантује довољан ниво правне сигурности, те се за решење предлаже њено упоредно коришћење са другим начинима заштите, као основног, али и као допунског облика заштите.

Кључне речи: *базе података, право произвођача базе података, ауторско право, право сузбијања нелојалне конкуренције, уговорна заштита.*

I Увод

Питање правне заштите база података последњих неколико деценија све више добија на значају. Основни разлог за то јесте значајно повећање улагања у развој нових и унапређење постојећих електронских база података, а у циљу ефикаснијег складиштења, претраге и приступа

најразличитијим подацима и информацијама. У крајњој линији напредак тзв. „индустрије база података“ се може приписати развоју информационог друштва у коме информација представља кључни економски ресурс.¹

Традиционално заштита база података се остваривала у оквирима ауторског права као ауторских дела збирки и по правилу се ограничавала на оригиналне елементе структуре базе података.² Овако постављена ауторско-правна заштита није одговарала новонасталим потребама за заштиту улагања у базе података као привредне подухвате, те се наметнуло питање проналажења адекватног начина заштите који ће уважити интересе инвеститора.

У праву Европске уније, под утицајем описаних тенденција заштите база података као привредних подухвата, 1996. године донета је Директива о правној заштити база података (даље у тексту: Директива). Директива упоредно са ауторскоправном заштитом предвиђа и посебну *sui generis* заштиту база података у које је учињено значајно улагање. Уведено *sui generis* право омогућава заштиту како неоригиналних, тако и оригиналних база података и то не само њихове структуре, као код ауторског права, него и њихове садржине.³ Овако широко постављена *sui generis* заштита изазвала је велику полемику у научној и стручној јавности која траје и данас, будући да се чини да уважава само интересе произвођача база података. Као главни проблем види се потенцијално стварање услова за успостављање монопола на подацима из база података, који по својој природи треба да представљају јавно добро.⁴ Ипак, Директива је и данас на снази, а *sui generis* право имплементирано је у све државе чланице или у виду посебног сродног права или

1 Детаљније о развоју информационог друштва вид. Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд, 2014, 17-30.

2 На међународном нивоу основи за заштиту база података као ауторских дела збирке „књижевних и уметничких дела“ предвиђени су Бернском конвенцијом за заштиту књижевних и уметничких дела, а потом су допуњени Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине и *WIPO* Уговором о ауторском праву који изричито предвиђају заштиту збирки „података и других материјала“. Вид. Закон о ратификацији Бернске конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела, *Службени лист СФРЈ*, бр. 14/75, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/86 - уредба, чл. 2, тач. 5; Светска трговинска организација, Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), чл. 10, ст. 2. и Закон о потврђивању *WIPO* Уговора о ауторском праву, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 13/2002, даље у фуснотама: УАП), чл. 5.

3 Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, *Official Journal L 077* (даље у фуснотама: Директива).

4 Вид. Estelle Derclaye, What is the database sui generis right?, Stockholm, 2005, доступно на адреси: http://works.bepress.com/estelle_derclaye/4/, 20.3.2016, 7-10.

баш као *sui generis* право.⁵ Додуше, првобитно очекивани домашај *sui generis* заштите је у одређеној мери ограничен пресудама Суда правде Европске уније, о чему ће бити речи у наставку. За сада није извесно да ће се правна заштита база података на нивоу Европске уније у скорије време значајније мењати. С друге стране, *sui generis* заштита база података на међународном нивоу није прихваћена⁶ и тренутно постоје велика противљења њеном увођењу, а као један од највећих противника истичу се Сједињене Америчке Државе (даље у тексту: САД).⁷ Као алтернативе *sui generis* заштити најчешће се предлажу право сузбијања нелојалне конкуренције, уговорно право и примена технолошких мера заштите.

У српско право *sui generis* заштита из Директиве уведена је у облику посебног сродног права, односно права произвођача базе података. Циљ овог рада је да у контексту српског права испита стварни домашај заштите права произвођача базе података и да покуша да утврди да ли оно и под којим условима треба, односно може да представља основни или допунски облик заштите база података, као привредних и/или културних подухвата, а у поређењу са другим могућим начинима заштите.⁸

5 Goldstein Paul, Hugenholtz Bernt, *International Copyright Principles, Law and Practice*, Oxford, 2010, 239-240.

6 Покушај доношења међународног уговора о правној заштити база података у оквиру Светске организације за интелектуалну својину на конференцији одржаној у децембру 1996. године није успео. Вид. Светска организација за интелектуалну својину, Protection of Non-Original Databases, доступно на адреси: <http://www.wipo.int/copyright/en/activities/databases.html>, 20.3.2016.

7 У САД-у се правна заштита база података остварује на четири начина: ауторским правом, уговорно, путем правила о нелојалној конкуренцији, као и помоћу технолошких мера, самостално или у комбинацији. За сада се такав начин заштите показао ефикасним, па су САД један од главних противника *sui generis* правне заштите. Како Директива предвиђа услов реципроцитета за признање *sui generis* заштите страним држављанима, у САД-у се покушало са увођењем *sui generis* заштите, али безуспешно. Противници реформе тврдили су да на тржишту нема потребе за таквом заштитом, као и да би се тиме омогућио монопол на коришћењу података из садржине база података. Вид. Terry Sanks, „Database Protection: National and International Attempts to Provide Legal Protection for Databases“, *Florida State University Law Review*, Vol. 25, 1998, 991-1016; Jonatan Band, Makoto Kono, „The Database Protection Debate in the 106th Congress“, *Ohio State Law Journal*, Vol. 62, 2001, 1-7.

8 Због обима рада нећемо детаљније анализирати утицај подобности садржаја база података за ауторскоправну или другу заштиту на заштиту самих база података. Исто тако, у недостатку релевантне домаће судске праксе, у анализи ћемо се посебно осврнути на тумачења Суда правде Европске уније у погледу института преузетих из Директиве. Судска пракса Суда правде Европске уније је значајна за српско право, јер представља део правних тековина Европске уније (фр. *acquis communautaire*) будући да је Република Србија преузела обавезу

II Сродноправна заштита база података

Сродноправна заштита база података предвиђена је Законом о ауторском и сродним правима у виду посебног права произвођача базе података као искључивог имовинског права које овлашћује свог носиоца да забрани или дозволи другима да користе одређену базу података.⁹ Заштита која се пружа овим правом одређена је у погледу предмета, услова за стицање, обима, садржине и трајања заштите.

1. База података као предмет заштите

Предмет заштите је база података која се дефинише као збирка засебних података, ауторских дела или других материјала уређених на систематичан или методичан начин, који су појединачно доступни електронским или другим путем.¹⁰ Наведена законска дефиниција чини се доста неодређено поставља услове у погледу садржине, форме и структуре базе података, те оставља простора за екстензивно тумачење.¹¹

Садржину базе података могу да чине подаци, ауторска дела или други материјали, самостално или у комбинацији. За разлику од појма ауторског дела који је законски одређен,¹² дефинисање појма податка и појма других материјала је остављено судској пракси без да су притом дате било какве смернице. Смернице за дефинисање појма податкасе могу наћи у теорији у којој се он општеприхваћено одређује као квантитативна или квалитативна констатација и/или опис одређене појаве, до којих се долази посматрањем, односно истраживањем.¹³ Са друге стране, пра-

усклађивања домаћег права са тим тековинама закључивањем Споразума о стабилизацији и придруживању. Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008), чл. 72 и 75.

9 Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 - одлука УС, чл. 137-140а.

10 Предметна дефиниција базе података преузета је из Директиве. Упор. ЗАСП, чл. 138, ст. 1. и Директива, чл. 1, ст. 2.

11 Наведена дефиниција база података се може применити при одређивању предмета и других облика заштите, евентуално уз додатне услове. Ослањајући се на систематизацију Закона о ауторском и сродним правима и ми у раду анализирамо појам базе података у делу о праву произвођача базе података.

12 Ауторско дело је оригинална духовна творевина аутора, изражена у одређеној форми, без обзира на његову уметничку, научну или другу вредност, његову намену, величину, садржину и начин испољавања, као и допуштеност јавног саопштавања његове садржине. ЗАСП, чл. 2, ст. 1.

13 Податак је свеобухватнији појам од информације која представља систематизован и класификован податак подобан да доведе до одређеног закључка или да буде основа за одређену

вац тумачења појма других материјала за сада није могуће прецизно установити. Може се претпоставити да је сврха прописивања овог појма да обухвати различите садржаје неелектронских база података.¹⁴ Поред наведених елемената за које је законом изричито прописано да чине садржинну базу података општеприхваћен је став да су садржином обухваћени и инструменти неопходни за функционисање базе података, односно различити речници, индекси, системи за добијање и приказивање информација и други.¹⁵ Ипак, заштита базе података се не односи на рачунарске програме који су коришћени за њену израду или се користе за њен рад.¹⁶

Базе података могу бити у електронској или у неелектронској форми. Мада чини се да ће базе података забележене и доступне у електронској форми бити најчешћи предмет заштите. Уопште, сродноправна заштита је и настала у контексту развоја електронских база података.

Независно од форме, база података мора да задовољи два услова у погледу структуре, њена садржина мора бити уређена на систематичан или методичан начин, а елементи из садржине морају бити засебни и појединачно доступни. Шта се сматра под систематичним и методичним начином уређења садржине није детаљније прописано. Чини се да је остављено судској пракси да установи критеријуме за утврђивање испуњености овог услова који се притом могу доста широко поставити. Примера ради, холандски суд је у предмету *Wegener v. Hunter* утврдио да део дневних новина са понудама за посао може бити у довољној мери систе-

одлуку. Слободан Марковић, 17-18. Додатно вид. Chaim Zins, „Conceptual approaches for defining data, information, and knowledge“, *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 58, 2007, 479-493.

14 У теорији су заступљена схватања да је појам други материјали (енг. *other materials*) предвиђен у Директиви, одакле га је преузео српски законодавац, како би се неутрализовала традиционална веза база података са електронским прикупљањем података. Вид. Lee Bygrave, „Information Concepts in Law: Generic Dreams and Definitional Daylight“, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 35, 2015, 99. Од значаја за предметно питање је и став Суда правде Европске уније у предмету *Freistaat Bayern v. Verlag Esterbauer GmbH* да се као засебни „други материјали“ из базе података могу сматрати географски подаци, у конкретном случају координате одређених тачака на Земљиној површини, издвојени из топографске карте у циљу израде и комерцијалне употребе друге карте, а који након издвајања имају самосталну информациону вредност. Суд правде ЕУ, *Freistaat Bayern v. Verlag Esterbauer GmbH*, предмет бр. С-490/14, 29. октобар 2015. године.

15 Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013, 94. Вид. Суд правде ЕУ, *Fixtures Marketing Ltd v. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP)*, предмет бр. С-444/02, 9. новембар 2004. године и Директива ЕУ о правној заштити база података, рецитатив бр. 20.

16 ЗАСП, чл. 138, ст. 3.

матично уређен да се сматра заштићеном базом података.¹⁷ О другом услову, односно о засебности и појединачној доступности електронским или другим путем елемената из садржине базе података, одлучивао је Суд правде Европске уније у предмету *Fixtures Marketing Ltd v. OPAР*. Суд је заузео став да ће овај услов бити испуњен ако се елементи базе података могу одвојити једни од других, односно ако им се може појединачно приступити тако да то не утиче на њихову самосталну информациону, књижевну, уметничку, музичку или другу вредност.¹⁸ Овде треба напоменути, да структура базе података, односно избор и распоред њених саставних делова могу у одређеним случајевима бити оригинални и тада ће база података бити предмет ауторскоправне заштите као ауторско дело збирке. Ипак, носилац субјективног ауторског права у таквој ситуацији може изабрати да штити базу података и правом произвођача базе података упоредно са ауторским правом, ако су за то испуњени услови.

Појам базе података овако дефинисан чини се омогућава широка и неуједначена тумачења.¹⁹ Доказ за то је пракса судова европских земаља, које су углавном као и Србија преузеле дефиницију база података из Директиве, а која је карактер база података, између осталог, признавала телефонским именицима, збиркама прописа и правних текстова, интернет страницама, телевизијским програмима, енциклопедијама, каталозима изложби, збиркама хиперлинкова и топографским картама.²⁰

17 G. Paul, H. Bernt, 239, фн. 358.

18 Самостална информациона вредност елемената који су издвојени из базе података се не треба оцењивати с обзиром на информациону вредност за типичног корисника одређене збирке, него за било које треће лице заинтересовано за издвојени елемент. У предмету *Fixtures Marketing Ltd v. OPAР* Суд правде ЕУ је пресудио да подаци о фудбалској утакмици које је издвојило друштво за организацију игара на срећу из базе података коју су израдили организатори фудбалског првенства и која је садржала информације о свим сусретима у оквиру наведеног првенства, имају самосталну вредност јер су трећим заинтересованим лицима, тј. клијентима друштва за организацију игара на срећу, пружали релевантне информације. Суд правде ЕУ, *Fixtures Marketing Ltd v. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP)*, предмет бр. С-444/02, 9. новембар 2004. године.

19 Овде треба напоменути став Суда правде у предмету *Fixtures Marketing Ltd* да појам базе података треба тумачити екстензивно тако да обухвата књижевне, уметничке, музичке или друге збирке дела или збирке других материјала као што су текстови, звук, слике, бројке, чињенице и подаци. Вид. Суд правде ЕУ, *Fixtures Marketing Ltd v. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP)*, предмет бр. С-444/02, 9. новембар 2004. године.

20 G. Paul, H. Bernt, 239.

2. Значајно улагање у прибављање, проверу или презентацију садржине базе података као услов за стицање права произвођача базе података

Произвођач базе података је физичко или правно лице које је сачинило базу података, тако што је у квалитативном, односно квантитативном смислу учинило значајно улагање у прибављање, проверу или презентацију њеног садржаја.²¹ Из наведене дефиниције субјекта заштите произлази да је постојање значајног улагања у прибављање, проверу или презентацију садржаја базе података неопходан услов за стицање сродноправне заштите. Овде се могу поставити два повезана питања: прво, шта се подразумева под „значајним улагањем“ и друго, које радње се могу квалификовати као прибављање, провера или презентација садржине база података?

Правни стандард „значајно улагање“ чини се треба тумачити тако да се под улагањем сматра не само улагање финансијских средстава, већ и улагање времена, труда и енергије,²² а притом његов значај треба ценити у квалитативном, односно квантитативном смислу.²³

Ипак, за постојање сродноправне заштите није довољно само да постоји било какво значајно улагање у креирање базе података. Потребно је да значајно улагање буде усмерено на прибављање, проверу или презентацију њене садржине. Због тога је значајно прецизно одредити обим и садржину ових радњи. Детаљнија правила за тумачење радњи прибављања и провере утврдио је Суд правде Европске уније у предмету *The British Horseracing Board Ltd and Others v. William Hill Organization Ltd* (даље у тексту: *British Horseracing Board Ltd*) тумачећи одредбу чл. 7, ст. 1. Директиве из које је српски законодавац преузео предметне појмове. Према ставу Суда улагање у прибављање (енг. *obtaining*) садржаја базе података треба тумачити као обезбеђивање средстава за проналажење појединачних материјала и њихово прикупљање у базу података. С тим да се улагање у креирање материјала који чине садржину базе података

21 ЗАСП, чл. 139.

22 Вид. Директива, рецитатив бр. 40.

23 Интересантно је да Закон о ауторском праву и сродним правима из 1998. године, којим је уведено право произвођача базе података у српско право, није предвиђао постојање значајног улагања у стварање базе података као услов за сродноправну заштиту, што је у потпуности супротно смислу сродноправне заштите базе података као привредног подухвата. Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник СРЈ*, бр. 24/98, чл. 130-138. Детаљније о сродноправној заштити база података предвиђеној у Закону од 1998. године вид. Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Београд, 1999, 337-339.

не може сматрати улагањем у прибављање садржаја. На исти начин Суд ограничава обим радње улагања у проверу (енг. *verification*) садржаја базе података. Тако, улагање у проверу треба тумачити као улагање средстава ради обезбеђивања поузданости података садржаних у бази података, а нарочито контролисања тачности прикупљених материјала приликом самог креирања базе података, али и приликом њеног каснијег рада. Међутим, обезбеђивање средстава за проверу тачности у фази креирања материјала који ће тек касније бити инкорпорисани у базу података остаје ван оквира радње улагања у проверу садржаја базе података. У конкретном предмету расправљало се о подобности онлајн базе података са распоредима коњских трка и листама учесника коју је сачињавао *British Horseracing Board Ltd*, као њихов организатор, за заштиту *sui generis* правом из Директиве. *British Horseracing Board Ltd* је издвајао око четири милиона енглеских фунти годишње за прикупљање података који су му били неопходни за састављање базе података са распоредима трка, између осталог, података о тркачким коњима, докејима и пријавама за одређене трке. Суд је примењујући претходно описане критеријуме утврдио да предметна улагања не представљају улагања у прикупљање и проверу садржаја базе података, будући да су усмерена на креирање распореда коњских трка као садржине базе података.²⁴ Ово је за последицу имало да национални суд није признао *British Horseracing Board Ltd*-у право на заштиту *sui generis* правом за његову базу података.²⁵

Овакво становиште у погледу одређивања обима радњи прибављања и провере садржине базе података Суд правде Европске уније је потврдио и у неколико предмета у којима је *Fixtures Marketing Ltd*, као организатор фудбалских утакмица у енглеској и шкотској лиги, тражио да се утврди да су његове базе са распоредима фудбалских утакмица заштићене *sui generis* правом. Суд је у овим предметима утврдио да приликом прављења распореда утакмица улагања учињена у одређивање датума, термина фудбалских утакмица, те одређивање тимова који ће играти не представљају улагања у прибављање садржаја базе података. Додатно, Суд је у овим предметима одредио како треба тумачити радњу презентације садржаја базе података. Према ставу суда улагања у презентацију (енг. *presentation*) садржаја базе података јесу улагања која омогућавају да

24 Суд правде ЕУ, *The British Horseracing Board Ltd and Others v. William Hill Organization Ltd*, предмет бр. С-203/02, 9. новембар 2004. године.

25 Rachel Montagnon, Mark Shillito, „Protecting rights in databases“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 6, 2011, 457.

се оствари функција обраде података, као основна функција базе података, односно улагања у систематично или методично уређење садржине, те омогућавање доступности појединачних елемената базе података.²⁶

Описано тумачење Суда правде Европске уније у предметима *British Horseracing Board Ltd* и *Fixtures Marketing Ltd* је поставило јасне границе *sui generis* заштите база података као резултата привредног подухвата и спречило проширивање овакве заштите на креирање података као посебни привредни подухват коме су произвођачи база података логично тежили.

3. Обим заштите загарантоване правом произвођача базе података

Закон о ауторском и сродним правима у чл. 138, ст. 2. предвиђа да заштита коју пружа право произвођача базе података обухвата: 1) целокупан садржај базе података; 2) сваки квалитативно или квантитативно битан део садржаја базе података и 3) квалитативно или квантитативно небитне делове садржаја базе података, ако се ти делови поновљено и систематски користе, а то коришћење је у супротности са уобичајеним коришћењем те базе података или неразумно оштећује легитимне интересе произвођача базе података.²⁷ Како бисмо разумели ову одредбу, а и уопште како бисмо утврдили обим заштите права произвођача базе података, потребно је прво да утврдимо шта се подразумева под квалитативно и квантитативно битним, односно небитним делом садржаја базе података.

Суд правде Европске уније је у предмету *British Horseracing Board Ltd* поставио смернице за тумачење ових питања. Према ставу Суда процена да ли је неки део базе података квантитативно битан врши се поређењем обима садржине тог дела у односу на обим садржаја целе базе података. Са друге стране, да ли је неки део квалитативно битан треба ценити из угла степена улагања у прибављање, проверу или презентацију садржаја тог дела, независно од тога да ли тај део представља квантитативно битан део садржаја или не. Конкретно то значи да квантитативно занемарљив део садржаја базе података може бити квалитативно битан под условом да су његово прибав-

26 Суд правде ЕУ, *Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus Ab*, предмет бр. C-46/02, 9. новембар 2004. године; Суд правде ЕУ, *Fixtures Marketing Ltd v. Svenska Spel AB*, предмет бр. C-388/02, 9. новембар 2004. године и Суд правде ЕУ, *Fixtures Marketing Ltd v. Organismos prognostikon agonon podofairou AE (OPAP)*, предмет бр. C-444/02, 9. новембар 2004. године.

27 ЗАСП, чл. 138, ст. 2.

вљање, провера или презентација захтевали значајну инвестицију.²⁸ Из овог става јасно произлази и да се приликом одређивања да ли је неки део садржаја базе података квалитативно битан не узима у обзир економска или друга вредност елемената тог садржаја, него само вредност улагања у његово прибављање, проверу или презентацију тог. Потоње питање је било једно од најспорнијих у дотадашњој теорији и пракси.²⁹

Такође, Суд је заузео становиште да сваки део које није ни квантитативно ни квалитативно битан представља небитан део садржаја базе података.³⁰ Међутим, питање је да ли је ово последње становиште примењиво у тумачењу одредаба чл. 138, ст. 2, тач. 3. и чл. 140а, ст. 1. српског Закона о ауторском и сродним правима у којима се користи формулација „квалитативно или квантитативно небитни делови“. Оваква формулација потенцијално може створити проблеме у пракси, јер као што смо напоменули теоријски је могуће замислити ситуацију да одређени део садржаја базе података буде истовремено квалитативно битан, а квантитативно небитан, а ређе обрнуто, те би било нејасно да ли се такав део штити као битан или небитан.³¹ Можда је овде интенција нашег законодавца била да створи трећу категорију делова садржине базе података који се не могу окарактерисати ни као битни, ни као небитни. Чини се ипак да то овде није случај, будући да би тада било потребно уредити питање правне заштите таквих делова садржине базе података, што законодавац није учинио, а ни друге одредбе Закона о ауторском и сродним правима не дају основа за такво тумачење. Ако предметно питање за сада оставимо по страни, јасно је да у складу са чл. 138, ст. 2. заштита правом произвођача базе података обухвата само искоришћава-

28 Додатне смернице за одређивање квалитативно или квантитативно битног дела садржине базе података Суд правде Европске уније је установио у предмету *Apis-Hristovich EOOD v. Lakorda AD*, посебно у случају када се база података састоји из индивидуалних делова - модула. У случају када су такви индивидуални модули и сами подобни за *sui generis* заштиту, процена да ли је неки издвојени део модула квантитативно битан требало би да се врши у односу на тај посебан модул, а не на целу садржину базе података. Суд правде ЕУ, *Apis-Hristovich EOOD v. Lakorda AD*, предмет бр. С 545/07, 5. март 2009. године.

29 G. Paul, H. Bernt, 343-344.

30 Суд правде ЕУ, *The British Horseracing Board Ltd and Others v. William Hill Organization Ltd*, предмет бр. С-203/02, 9. новембар 2004. године.

31 Чл. 7, ст. 5. Директиве по угледу на који је прописана одредба чл. 138, ст. 2, тач. 3. Закона о ауторском и сродним правима не садржи формулацију „квалитативно или квантитативно небитни делови“, него само „небитни делови“. Међутим, треба напоменути да и Директива у одредби чл. 8, ст. 1. који прописује права и обавезе овлашћеног корисника базе података, користи формулацију „квалитативно и/или квантитативно небитни делови“. Вид. Директива ЕУ о правној заштити база података, чл. 7, ст. 5. и чл. 8, ст. 1.

ње одједном целокупног садржаја базе података, као и њених квалитативно или квантитативно битних делова, док коришћење небитних делова базе података по правилу остају ван заштите. Изузетно, заштита се односи и на небитне делове садржаја базе података ако се ти делови поновљено и систематски користе, а то коришћење је у супротности са уобичајеним коришћењем те базе података или неразумно оштећује легитимне интересе произвођача базе података. Сврха овог изузетка јесте да се спречи да се понављањем и систематским коришћењем небитних делова садржине, које је само по себи дозвољено, неовлашћено оствари коришћење целе или битног дела базе података. У овом смислу би и требало тумачити предметни изузетак, односно у циљу спречавања заобилажења заштите.³² Небитни делови садржине базе података, ипак потпадају под заштиту субјективног права произвођача базе података, када се неовлашћено користе, о чему ће бити речи у наставку.

Предметно проширивање обима заштите база података на њену садржину јесте главна предност сродноправне заштите из угла произвођача база података, па макар и ограничено на приказан начин. Приврдна вредност база података и јесте у њиховој садржини, а не толико у њиховој структури. Са друге стране, посматрано из угла слободне размене и приступа информацијама, проширивање обима субјективног сродног права на садржину база података, која је углавном у јавном домену је дискутабилно, и погодно за злоупотребе.

4. Садржина, ограничења и трајање заштите права произвођача базе података

Субјективно право произвођача базе података састоји се од следећих искључивих имовинскоправних овлашћења: 1) овлашћења на умножавање базе података у целини или њених битних делова, било којим средствима, повремено или стално, за било коју намену и у било којој форми; 2) овлашћења на стављање у промет целе базе података или њених битних делова; 3) овлашћења на давање у закуп целе базе података или њених битних делова и 4) овлашћења на јавно саопштавање базе података у целини или њених битних делова у било ком облику, укључујући интерактивно чињење доступним јавности жичним или бежичним путем.³³ Изричито је прописано, да искључива имовинска овлашћења права

32 Детаљније вид. Суд правде ЕУ, *The British Horseracing Board Ltd and Others v. William Hill Organization Ltd*, предмет бр. С-203/02, 9. новембар 2004. године.

33 Директива у чл. 7, ст. 1. и 2. предвиђа да у садржину *sui generis* права база података улазе два искључива овлашћења, односно овлашћење на извлачење (енг. *extraction*) и овлашћење на поновно

произвођача базе података постоје независно од подобности конкретне базе података или њеног садржаја за ауторскоправну или другу заштиту.

Када се ради о ограничењима субјективног права произвођача базе података, као и на друга сродна права, сходно се примењују ограничења предвиђена за субјективно ауторско право под условом да је то могуће узимајући у обзир карактеристике базе података као предмета заштите. Значајно одступање постоји код електронских база података на које се не примењује суспензија искључивог овлашћења на умножавање у виду права физичких лица да умножавају објављене примерке за личне и некомерцијалне сврхе без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде.³⁴

Указали смо да небитни делови садржине базе података по правилу остају ван заштите правом произвођача базе података. Закон о ауторском и сродним правима у чл. 140а ближе уређује начин коришћења небитних делова прописујући да овлашћени корисник објављене базе података или њеног умноженог примерка може у било коју сврху слободно да користи квалитативно и квантитативно небитне делове њеног садржаја.³⁵ Додатно, овлашћени корисник објављене базе података има две обавезе: прво, не сме да обавља радње које су у супротности са уобичајеним коришћењем одређене базе података или које неразумно вређају легитимне интересе произвођача базе података и друго не сме да нанесе штету ауторском или сродним правима у погледу дела или предмета заштите

коришћење (енг. *re-utilization*) садржаја базе података. Садржина ова два овлашћења се у великој мери поклапа са садржином права произвођача база података из Закона о ауторском и сродним правима. Директива, чл. 7, ст. 1-2. Детаљније о садржини искључивих овлашћења на извлачење и поновно коришћење вид. Суд правде ЕУ, *The British Horseracing Board Ltd and Others v. William Hill Organization Ltd*, предмет бр. С-203/02, 9. новембар 2004. године; Суд правде ЕУ, *Directmedia Publishing GmbH v. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, предмет бр. С 304/07, 9. октобар 2008. године; Суд правде ЕУ, *Apis-Hristovich EOOD v. Lakorda AD*, предмет бр. С 545/07, 5. март 2009. године; Суд правде ЕУ, *Football Dataco Ltd and Others v. Sportradar GmbH, Sportradar AG*, предмет бр. С 173/11, 18. октобар 2012. године и Суд правде ЕУ, *Innoweb BV v. Wegener ICT Media BV, Wegener Mediaventions BV*, предмет бр. С 202/12, 19. децембар 2013. године.

34 ЗАСП, чл. 46, ст. 3, тач. 5; чл. 140. и 144.

35 Чл. 54б. Закона о ауторском и сродним правима предвиђено је и посебно ограничење субјективног права произвођача базе података у виду права овлашћеног корисника да слободно умножава или прерађује објављену базу података или њен умножени примерак ако је то потребно ради приступа њеном садржају и редовног коришћења тог садржаја. Ако је корисник овлашћен само за део базе података, дозвољено му је умножавање и прерада само тог дела. Притом, предметно право овлашћеног корисника се не може ограничити уговором. ЗАСП, чл. 54б.

који су садржани у бази података.³⁶ Иако се из предочених правила може поуздано утврдити на који начин је дозвољено користити небитне делове садржине базе података остаје донекле неодређено ко се сматра овлашћеним корисником базе података.³⁷ Ако узмемо у обзир да се суспензија искључивог овлашћења на умножавање у личне и некомерцијалне сврхе не примењује на електронске базе података, а да коришћење оваквих база у највећем броју случајева мора представљати радњу умножавања, из тога произлази да је овлашћени корисник електронске базе података лице које користи базу података уз изричиту сагласност произвођача базе података, најчешће на основу некаквог уговора.³⁸ Овакав закључак отвара два питања: прво, да ли то конкретно значи да се субјективно право произвођача електронске базе података односи и на незнатне делове садржаја такве базе података када се користе од стране неовлашћеног корисника и друго, да ли је овлашћени корисник лице које користи не-електронску базу података на основу наведене суспензије искључивог овлашћења на умножавање? Чини се да су одговори на оба питања потврдни. У првом случају, јер није могуће користити незнатни део базе података без икаквог правног основа будући да Закон предвиђа то право само „овлашћеним“ корисницима, а у другом случају суспензија искључивог овлашћења на умножавање управо представља правни основ и то не само за незнатан део, него и за целу не-електронску базу података, али само за радњу умножавања у личне и некомерцијалне сврхе.

Питање трајања субјективног права произвођача базе података је решено на доста специфичан начин. Наиме, субјективно право произвођача базе података траје петнаест година од дана настанка базе података, а ако је база података учињена доступном јавности на било који начин током тог рока, право траје петнаест година од тог дана. Међутим, ако настану битне промене у селекцији или уређењу садржаја базе података рок трајања се продужава за још петнаест година. Под битним променама у селекцији или уређењу садржаја базе података сматрају се додавање, брисање или поправљање целе или дела садржаја базе података који за

36 Одредбе уговора којима се уговарају права овлашћеног корисника супротна одредбама чл. 140а су ништаве. ЗАСП, чл. 140а, ст. 1-4.

37 Директива такође користи термин „овлашћени корисник“ (енг. *lawful user*) без да га притом детаљније одређује, али у уводним одредбама напомиње да овлашћени корисник у складу са споразумом са носиоцем субјективног права користи базу. Видети: Директива, чл. 8. и реци- татив 34.

38 Вид. Catherine Colston, „Challenges to Information Retrieval - a Global Solution?“, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 10, 2002, 297-298.

результат имају нову верзију базе података.³⁹ На овај начин се омогућава да се стално продужава трајање субјективног права, чини се потенцијално неограничено.

III Други облици правне заштите база података

Независно, а и упоредно, са сродноправном заштитом базе података се могу правно штитити и на друге начине, а најчешће ауторским правом као оригиналне духовне творевине, прописима о сузбијању нелојалне конкуренције, уговорима, те различитим технолошким мерама и електронским информацијама о правима.

1. Ауторскоправна заштита база података

База података може да представља ауторско дело збирке и да као таква буде заштићена ауторским правом. Сматраће се да је одређена база података збирка у смислу ауторског права, независно од њене форме и садржине, ако с обзиром на избор и распоред њених саставних делова представља оригиналну духовну творевину аутора.⁴⁰ Потенцијал ауторскоправне заштите у овом случају може да се сагледа у контексту услова и обима заштите.

Основни услов за стицање ауторског права јесте оригиналност дела, у конкретном случају оригиналност структуре базе података. Оригиналност, односно јединственост дела зависи и цени се од случаја до случаја. Са становишта ауторског права сматра се да је оригинална свака духовна творевина која није резултат подражавања постојеће културне баштине или интелектуалног рада строго детерминисаног спољним оквирима који не остављају довољно простора за изражавање личне духовне индивидуалности ствараоца.⁴¹ Имајући на уму да је креирање структуре база података, а посебно електронских, таква област стваралаштва која због саме функције база података и техничких условљености не оставља много простора за испољавање индивидуалности, чини се да значајан број база података неће задовољити услов оригиналности.⁴² Елементи

39 ЗАСП, чл. 147, ст. 4-5.

40 ЗАСП, чл. 5, ст. 3.

41 Слободан Марковић, Душан Поповић, 39-41.

42 За тумачење оригиналности базе података значајна је одлука Суда правде Европске уније у предмету *Football Dataco Ltd and Others v. Yahoo! UK Ltd and Others* у коме се, између осталог, одлучивало о оригиналности распореда фудбалских утакмица креираног на неуобичајен начин. Суд је у овом предмету заузео становиште да питање оригиналности у креирању база података треба ре-

структуре који би потенцијално могли бити оригинални јесу специфичан распоред, новоосмишљени начини претраге, специфичан избор елемената из садржине, алатке за приступ, интерфејс и други.⁴³ Од степена оригиналности зависи и обим ауторскоправне заштите. Наиме, обимом ауторскоправне заштите нису обухваћени неоригинални елементи ауторског дела, а и већи степен оригиналности подразумева да ауторскоправна заштита обухвата шири круг сличних дела.⁴⁴ Узимајући то у обзир јасно је да се код база података, као ауторских дела збирке, ауторскоправна заштита односи само на структуру, али не и на садржину, што потврђује и *WIPO* Уговор о ауторском праву који у чл. 5. изричито прописује да се заштита ауторског дела збирке не проширује на податке или материјале саме за себе и да нема утицаја на било које ауторско право које постоји у подацима или материјалу садржаним у збирци.⁴⁵

стриктивно тумачити, а притом је дао и следеће смернице: 1) интелектуални рад и вештине уложене у креирање података као елемената базе података садржине нису релевантни за њену оригиналност; 2) ирелевантно је и да ли је начин уређења базе података значајно повећао вредност елемената садржине и 3) значајан рад и вештина уложени у креирање базе података нису довољни да би се стекло ауторско право, већ је потребно да за резултат имају стварање оригиналног распореда или избора садржаја. Оваквим ставом указује се да оцену оригиналности базе података треба ограничити само на њену структуру, а да не треба узимати у обзир оригиналност и/или другу вредност њене садржине. Суд правде ЕУ, *Dataco Ltd and Others v. Yahoo! UK Ltd and Others*, предмет бр. С 604/10, 1. март 2012. године. Рестриктивно тумачење појма оригиналности база података прихватио је и Врховни суд САД-а у предмету *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc* у коме се расправљало о оригиналности телефонских именика. Врховни суд је установио тест у три корака за оцењивање оригиналности: прво се утврђује да је дошло до прикупљања материјала који су раније постојали, затим се утврђује да ли су такви материјали селектовани, систематизовани, уређени и на крају да ли уређење тих материјала представља оригинално дело аутора. Предметна одлука је била од великог значаја за заштиту база података у САД-у, јер је њеним доношењем напуштена дотадашња „*sweat of the brow*“ доктрина, карактеристична за земље *common law* система, која је омогућавала да се ауторскоправна заштита призна за уложени значајни рад у креирање ауторског дела збирке. Henning Grosse Ruse, „Electronic Agents and the Legal Protection of Non-creative Databases“, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 9, 2001, 323-325; Врховни суд САД, *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc*, предмет бр. 499 U.S. 340, 27. март 1991. године, доступно на адреси: <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/1991%20Feist.pdf>, 29. март 2016.

43 Primavera De Filippi, Lionel Maurel, „The paradoxes of open data and how to get rid of it? Analysing the interplay between open data and sui-generis rights on databases“, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 23, 2015, 4-5.

44 Вид. Слободан Марковић, Душан Поповић, 41-43.

45 УАП, чл. 5. Такође, и Закон о ауторском и сродним правима у чл. 5, ст. 4. предвиђа да заштита збирке ни на који начин не ограничава права аутора дела која су саставни део збирке. ЗАСП, чл. 5, ст. 4.

Из наведеног произлази да су две основне карактеристике ауторскоправне заштите база података: пружање заштите само базама података са оригиналном редоследом и избором садржине и ограниченост заштите на структуру базе података. Ове карактеристике донекле умањују значај ауторског права у заштити база података, посебно у односу на описано сродно право произвођача базе података, али оно и даље остаје значајан облик заштите.

2. Заштита база података прописима о сузбијању нелојалне конкуренције

Прописима о сузбијању нелојалне конкуренције може се спречити коришћење база података, оригиналних и неоргиналних, на начине који се могу оквалификовати као радња нелојалне конкуренције, односно као радња једног тржишног учесника усмерене против другог тржишног учесника којом се крше кодекси пословног морала и добри пословни обичаји.⁴⁶ Чини се да најчешћа радња нелојалне конкуренције до које овде може доћи јесте имитација туђе базе података којом се паразитски искоришћава туђи рад или углед или се ствара забуна или опасност од забуне у привредном промету о неком својству предметне базе података.⁴⁷ Закон о трговини, као основни извор права о сузбијању нелојалне конкуренције, предвиђа да се тужбом може се захтевати забрана даљег вршења радње нелојалне конкуренције, отклањање насталих последица, као и накнада штете. Ипак, тренутно не постоји значајнија домаћа судска пракса о овом питању, а и Закон о трговини изричито не предвиђа имитацију којом се паразитски искоришћава туђи рад или углед као радњу нелојалне конкуренције, иако *exempli causa* наводи одређене радње ове врсте.⁴⁸ Тако, за сада се о ефикасности права сузбијања нелојалне конкуренције као облика заштите база података у Републици Србији може говори једино као о теоријском концепту. Ипак, треба имати у виду да је приликом креирања *sui generis* правне заштите база података један од основних циљева било сузбијање нелојалне конкуренције, те да противници овог облика правне

46 Закон о трговини, *Службени гласник РС*, бр. 53/2010 и 10/2013, даље у фуснотама: ЗТ), чл. 50.

47 Када се говори о „паразитском“ искоришћавању туђег рада или угледа мисли се на искоришћавање чији је карактер такав да постоји велики раскорак између количине новца, рада и времена које је у свој производ уложио произвођач базе података, с једне стране и имитатор, с друге стране. Слободан Марковић, Душан Поповић, 290-301.

48 ЗТ, чл. 50-52.

заштите алтернативу управо виде у прописима о сузбијању нелојалне конкуренције.⁴⁹

3. Заштита база података уговором, технолошким мерама и електронским информацијама о правима

У последње време све се више истиче значај заштите база података путем уговора којима се овлашћују корисници да на одређени начин искоришћавају базу података.⁵⁰ Уговори су погодни да се унапред уредe међусобни односи произвођача базе података и овлашћеног корисника, као и да се дефинише тачан обим заштите, а евентуално и предвиди чување садржине базе података као пословне тајне. С тим да се мора водити рачуна о основним принципима уговорног права, као и законским ограничењима слободе уговорања. Будући да ће уговорни однос произвођача базе података и овлашћеног корисника, у највећем броју случајева, претходити коришћењу неког од наведених облика правне заштите база података, као на пример субјективном праву произвођача базе података, природно је питање: зашто се унапред не би подробније дефинисала права и обавезе обе стране? Притом, у случајевима када базе података не испуњавају услове ни за сродноправну, на за ауторскоправну заштиту, уговорна заштита се чини као једино адекватно решење.⁵¹

Још један облик заштите база података јесте заштита путем различитих технолошких мера којима се спречава или ограничева неовлашћено искоришћавање база података. Технолошке мере могу имати различите функције попут забране приступа, као на пример лозинке и енкрипције, забране умножавања, онемогућавања измене садржаја и друге.⁵² Све учесталија је и употреба тзв. електронских информација о правима, које се уграђују у елементе базе података, углавном у дигитални код, помоћу којих носилац права може да открије да ли се ради о податку, ауторском делу или другом материјалу неовлашћено преузетом из његове базе пода-

49 Вид. Stanley Lai, „Recent Developments in Copyright, Database Protection and (online) Licensing“, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 7, 1999, 86-87.

50 Вид. R. Montagnon, M. Shillito, 462-463; P. De Filippi, L. Maurel, 19-22.

51 Вид. Суд правде ЕУ, *Ryanair Ltd v. PR Aviation BV*, предмет бр. С 30/14, 15. јануар 2015. године.

52 Закон о ауторском и сродним правима изричито забрањује заобилажење и уклањање технолошких мера којима се штите ауторска дела и предмети сродног права. ЗАСП, чл. 208, ст. 1, тач. 3-4. и ст. 2. Додатно вид. Сања Радовановић, „Технолошке мере у систему заштите ауторског права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2011, 399-411.

така.⁵³ Тренутно се овакви технички видови заштите база података углавном користе као додатни у комбинацији са неким од наведених облика заштите, будући да је њихова функција пре свега превентивна.

IV Закључак

Поређењем сродноправне заштите база података са другим анализираним облицима правне заштите чини се да она, из перспективе произвођача, односно аутора базе података представља најјачи облик заштите према домаћим прописима. Супериорност права произвођача базе података у односу на ауторско право огледа се у заштити садржине базе података, заштити неоригиналних база података, мањим ограничењима, те потенцијално неограниченом трајању субјективног права. У односу на право сузбијања нелојалне конкуренције, право произвођача базе података је детаљно законски дефинисано и пружа много ширу заштиту ван круга радњи нелојалне конкуренције. Најзад, у односу на уговорну заштиту, предност сродног права је, између осталог, што делује *erga omnes*, док су технолошке мере и електронске информације о правима углавном само допунска заштита. На основу наведеног можемо закључити да право произвођача базе података по намери законодавца чини се треба да представља основни облик правне заштите база података како неоригиналних, тако и оригиналних.

Међутим, стварни домашај заштите на основу права произвођача базе података у српском праву тренутно није могуће прецизно одредити. Основни законски услов за стицање права произвођача базе података, односно постојање значајног улагања у прибављање, проверу или презентацију садржине базе података, у великој мери је неодређен и није сигурно како ће га српски судови тумачити. Да ли ће прихватити рестриктивна тумачења Суда правде Европске уније као што би требало? Поред тога, ту су и остали законски недовољно одређени појмови од којих зависе стицање и признавање сродноправне заштите у конкретним случајевима, попут „квалитативно или квантитативно битних и небитних делова“, „битних промена у селекцији или уређењу садржаја базе података“ и други. Чини се да је наш законодавац, по угледу на Директиву, оставио судској пракси да прецизније дефинише границе сродноправне заштите базе података од случаја до случаја. Имајући то у виду, док судска пракса не постави релевантне стандарде у тумачењу, тешко да се може говорити о праву произвођача базе података као облику заштите који гарантује до-

53 Вид. R. Montagnon, M. Shillito, 462-463; ЗАСП, чл. 208, ст. 1, тач. 5. и ст. 3.

вољан ниво правне сигурности, посебно ако узмемо у обзир да је његова основна функција да штити инвестицију у базу података као привредни подухват. Чини се да је због тога тренутно неопходно да произвођачи база података упоредно са сродноправном заштитом користе и друге начине заштите база података како би обезбедили што већи ниво правне сигурности њихових инвестиција. Приликом остваривања заштите база података на овакав начин, право произвођача базе података може бити основни, али често и допунски облик заштите, на пример у односу на ауторско право или у односу на уговорну заштиту. Иначе, по општеприхваћеном схватању у теорији и по смислу ауторског права сродноправна заштита би требало да буде сматрана као допунска у случају оригиналних база података, јер се ради о заштити духовних творевина. Ипак, због ширих искључивих овлашћења из садржине субјективног сродног права у пракси ће чини се бити обрнуто.

За крај, треба напоменути да се предметно питање може посматрати из угла неоправданости проширивања сродноправне заштите на податке из садржине база података који по својој природи представљају јавно добро и не би требало да буду предмет заштите искључивог субјективног права интелектуалне својине. Тако посматрано, сродноправна заштита не само да не треба да буде основни облик правне заштите база података, него би је требало што рестриктивније тумачити и изузетно примењивати. Евентуално би требало размотрити њену суштинску измену, на пример у виду увођења већих ограничења, кориговања рока трајања заштите, како би се удовољило интересима других страна у процесу дисеминације информација, а не само произвођачима база података. Потребно да се уваже и ови интереси видљива је у одлукама Суда правде Европске уније који је у много чему ограничио очекивани домашај *sui generis* заштите база података, а није искључено да ће наставити са таквом праксом.

Novak VUJIČIĆ, M.A.
Attorney at Law

THE RELATED RIGHT'S PROTECTION OF DATABASES – THE MAIN OR THE ADDITIONAL MODE OF PROTECTION

Summary

This paper analyzes the related right's protection of databases in the Serbian law, tries to ascertain its actual scope and to determine could it, i.e. should it represent the main and/or the additional mode of protection of databases. The paper is divided into two parts. In the first part the main issues in connection to the related right's protection of databases are presented and is indicated on ambiguity of the provisions of the law by which the subject protection has been foreseen. In the second part other most common modes of protections are presented, in particular: copyright, unfair competition rules, contracts, as well as technological measures and electronic rights management information. The analysis shows that in accordance with the national laws, that principally protect the interest for investments in development of databases, the related right's protection should represent the main mode of protection of databases. However, considering the legal ambiguity of its scope and non-existence of the relevant court practice, the related right's protection of databases does not guarantee adequate level of the legal certainty, thus as solution the use of related right's protection along with others modes of protection, as the main, and the additional mode of protection as well, is proposed.

Key words: *databases, right of producer of database, copyright, unfair competition rules, contractual protection.*

Мина ЈОВАНОВИЋ, мастер
студент докторских студија на Правном факултету
Универзитета у Београду

ЖИГ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ, СПЕЦИФИЧНОСТИ И СПОРНА ПИТАЊА

Резиме

У децембру 2015. године од стране Европског парламента и Савета усвојена је Уредба ЕУ 2015/2424 о изменама Уредбе о комунитарном жигу, као део законодавног пакета реформе жиговног права Европске уније. Аутор настоји да анализира промене у материјалном и процесном регулисању комунитарног жига, те да укаже на његове специфичности као наднационалног, унитарног института. Одустанак од захтева графичког приказа ознаке је револуционаран корак који отвара врата новим врстама ознака као предмета заштите, а поопштравање заштите код робе у транзиту, увођење нових облика повреде и апсолутних разлога за одбијање, појачава капацитет овог института и доприноси његовој популарности. Други део рада бави се позицијом Републике Србије као земље кандидата за чланство у Европској унији, с аспекта жиговног права, са идејом да се укаже на сложеност односа који настају поводом коегзистирања интернационалних, европских и националних жигова на једном тржишту, с посебним освртом на моменат аутоматског наступања важења комунитарног жига.

Кључне речи: *жиг Европске уније, комунитарни жиг, Европска унија, графички приказ ознаке.*

I Увод

Жиг као право интелектуалне својине којим се штити ознака карактеристично је по начелу територијалности, које подразумева важење овог права на територији државе у којој је право признато. Како је потреба развијеног тржишног промета захтевала ширу заштиту, развијен је институт међународне пријаве жига, путем којег ималац овог права може је-

динственом пријавом пред националним заводом проширити важење свог жига на територију других држава, без потребе појединачне регистрације у свакој од жељених земаља. Посебан облик проширене територијалне заштите жига је институт комунитарног жига (жига ЕУ).¹

Комунитарни жиг први пут је предвиђен Уредбом Савета Европе 40/94 из 1993.године. На овај начин створена је посебна категорија жигова, тзв. унитарни жиг са важењем на читавој територији Европске уније. Јединственом регистрацијом пред посебним органом, Заводом за интелектуалну својину Европске уније,² пружа се заштита ознаци за коришћење у свим земљама чланицама. Суштинска замисао је да овај институт подржи идеју о јединственом тржишту и слободном промету роба и услуга у оквиру Европске уније, на тај начин што ће се омогућити имаоцима овог права да кроз поједностављену процедуру и уз снижење трошкова регистрације заштите своје право на целокупној територији држава чланица. Тако се путем комунитарног жига неутрализираше асиметрија информисаности потрошача, смањују трансакциони трошкови, што доводи до унапређења ефикасности читавог тржишта Европске уније.³

Са намером да унапреди постојећи ниво хармонизације националних права држава чланица, и осавремени заштита комунитарним жигом, Европска унија приступила је озбиљној реформи целокупног жиговног права. Нови законодавни пакет чине два документа: Директива⁴ 2015/2436 о усклађивању законодавства држава чланица о жиговима и Уредба 2015/2424 о изменама Уредбе о комунитарном жигу⁵ (у даљем тексту: Уредба). Док је Директива посвећена већем степену хармонизације националних права држава чланица у области материјалног и процесног

1 Новом Уредбом која ступа на снагу 23.03.2016. године мења се назив овог института, те комунитарни жиг постаје жиг Европске уније.

2 До ступања на снагу нове Уредбе овај орган носи назив „Завод за хармонизацију унутрашњег тржишта (ОНИМ)“.

3 Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд, 2014, 217.

4 Директива 2015/2436 Европског парламента и Савета о усаглашавању права држава чланица у области жигова, 2015, енг. *Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council, to approximate the laws of the Member States relating to trade marks*.

5 Уредба 2015/2424 Европског парламента и Савета о изменама Уредбе о комунитарном жигу 207/2009, 2015, енг. *Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark*, даље у фуснотама: Уредба

жиговног права, Уредба се односи на жиг ЕУ, и наредни одељци биће посвећени новинама које су њоме прописана.

II Материјално право

1. Одустајање од услова графичког приказа

Прва значајна промена односи се на дефинисање ознаке подобне да буде предмет заштите жигом ЕУ. Тако, Уредбом је прописано да се ознака може састојати из било каквих знакова, посебно речи, укључујући лична имена, или од цртежа, бројева, боја, облика производа или паковања производа, или звукова, под условом да је знак подобан за разликовање роба и услуга једног произвођача од роба и услуга другог произвођача, и да је подобан за приказивање у регистру жигова Европске уније „на начин који омогућује надлежним телима и јавности да одреде тачан и јасан предмет заштите која је пружена његовом носиоцу“.⁶ Претходна Уредба је уместо цитираног услова прописивала да знак мора бити такав да се може графички приказати, и није садржала звук и боју као примере могућег предмета заштите. Сматрамо да ново решење отвара врата бројним новим облицима предмета заштите, и да уважава развој технологије и предности које доноси.

Кључни моменат за напуштање захтева графичког приказа ознаке везан је за случај *Sieckmann* и одлуку Европског суда правде C273/00, EU:C:2002:74,⁷ којом су дефинисани услови ваљаног приказа знака, а односе се на јасноћу, прецизност, самосталност, лаку доступност, разумљивост, постојаност и објективност. Ново решење ослања се управо на услове предвиђене овом одлуком, те подржава сваки облик приказа знака који их испуњава, не само графички. На овај начин створена је могућност за регистровање звукова као предмета заштите, с обзиром на постојање дигиталних технологија које задовољавају постављене услове захтеваног приказа ознаке.⁸

Посебно је интересантно отићи корак даље и наслутити могућност регистровања мириса као предмета заштите. Наиме, у Сједињеним Америчким Државама први пут жигом је заштићен мирис, још 1990. године.⁹

6 Уредба, чл. 4, ст. 5.

7 Европски суд правде, предмет бр. C 273/00, *Sieckmann*, 25. јануар 2003. године.

8 Према Закону о жигу, ознака мора бити подобна за графички приказ, а звуковне ознаке се могу регистровати уз приказ нотним писмом.

9 Danny Friedmann, „EU opens door for sound marks: will scent mark follow?“, *Journal of Intellectual property Law & Practice*, Vol. 10, 2015.

Према доступној статистици, мириси су дозвољени предмети заштите у 39 земаља.¹⁰ С обзиром на нову Уредбу, потребно је размотрити који начини приказа оваквог предмета заштите би испуњавали постављене услове ваљане регистрације. Неки од њих су: опис речима, идентификовање једињења од којих мирис потиче, хемијска формула, депоновање узорка у физичком или дигиталном облику.¹¹ Како је у Уредби наведена неискључива листа могућих предмета заштите, с обзиром на постојећи развој технологије који подразумева дигиталне уређаје којима се овакав знак може лако бележити, преносити и репродуковати, има смисла очекивати и мирис као један од нових облика предмета заштите ЕУ жигом.

2. Апсолутни разлози за одбијање

Даље, европско жиговно право остаје при систему регистрације као једином начину стицања жига. Осим уобичајених апсолутних разлога за одбијање који се тичу дистинктивног карактера, дескриптивних или генеричких знакова итд,¹² новине које су прописане Уредбом односе се на следеће: регистрација неће бити одбијена само ако је реч о знаку чији је облик одређен природом самог производа, постизањем одређеног техничког резултата или који производу даје битну вредност, већ и уколико се знак искључиво састоји од других обележја (дакле не само облика) наведених карактеристика.¹³ Сматрамо да је оваква измена направљена како би се одредба прилагодила и испитивању нетрадиционалних знакова као предмета заштите, попут мириса или звукова.

Потом, према новом решењу из регистрације су искључени знакови којима би се повредила заштита регистрованих ознака порекла, географских ознака, биљних сорти, традиционалних израза за вина, и назива традиционалних специјалитета.¹⁴ На овај начин, пружа се додатна заштита овим интелектуалним добрима.

10 За прецизнију статистику о нетрадиционалним жиговима више података доступно на адреси: http://www.country-index.com/non_traditional_tm_special.aspx?State=4.

11 D. Friedmann, 937.

12 Управо ове три карактеристике неће бити сметња регистрацији уколико стекну дистинктивност пре датума апликације односно датума проглашења ништавости.

13 Leighton Cassidy, Beverly Pots, *Major reforms to EU Trade Marks Law*, 2015, 6, доступно на адреси: <http://www.fieldfisher.com/publications/2015/07/major-reforms-to-eu-trade-marks-law#sthash.9pXekuuy.dpbs>.

14 Уредба 2015/2424 Европског парламента и Савета о изменама Уредбе о комунитарном жигу 207/2009, 2015, чл. 7, даље у фуснотама: Уредба, енг. *Regulation (EU) 2015/2424 of the European*

3. Случајеви повреде жига

Док је ранијом Уредбом било предвиђено четири облика повреде жига ЕУ,¹⁵ сада су прописана још два нова облика, која се односе на употребу знака као трговачког назива или назива привредног друштва или његовог дела, као и на употребу знака у компаративном оглашавању супротно Директиви 2006/114/ЕЗ о преварном и компаративном оглашавању. Затим, посебна пажња посвећена је фалсификованој роби, те је прописано да носилац жига ЕУ може онемогућити трећим лицима да у привредном промету у државу чланицу унесе производе који нису пуштени у слободан промет, ако ти производи, укључујући и њихово паковање, долазе из трећих земаља и без овлашћења носе жиг истоветан жигу ЕУ регистрованом за те производе или који се по својим битним обележјима не разликује од њега. Такође, прописано је да овакво право носиоца жига ЕУ престаје уколико треће лице (вршилац транзита) докаже да носилац жига није овлашћен да забрани стављање производа на тржиште у земљи крајњег одредишта.¹⁶

Оваквим решењем одступа се од досадашње праксе установљене одлуком Европског суда правде у предметима *Philips* и *Nokia* (C-446/09 и C-495/09).¹⁷ Наиме, наведеном пресудом заузет је став да коришћење ознаке на роби у транзиту представља повреду уколико таква роба буде пуштена у слободан промет унутар тржишта Европске уније, уколико је намењена тржишту Европске уније или уколико је намењена (нуђена, рекламирана и слично) потрошачима у Европској унији. Чини се да се напуштањем поменутог принципа ојачава позиција носиоца жигова у борби против фалсификоване робе, с обзиром на то повреда постоји без обзира на то да ли је роба намењена тржишту Уније или њеним потрошачима. Терет доказивања да ималац жига нема право да оспорава промет робе у држави крајњег одредишта је на лицу које врши транзит, што би требало да је део решења који прави баланс између слободног промета робе и услуга и заштите интелектуалне својине, као две важне вредности Европске уније.

Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark.

15 Истицање знака на производу или паковању, нуђење производа или услуга или њихово стављање на тржиште под заштићеним знаком, употреба на пословним документима и оглашавању, и увоз или извоз робе под тим знаком.

16 Уредба, чл. 9.

17 Европски суд правде, предмет бр. C-446/09, *Philips* и предмет бр. C-495/09, *Nokia*, 1. децембар 2011. године.

Још једна новина којом се подржава борба против фалсификоване робе је и одредба којом се као повреда прописује и коришћење жигом ЕУ заштићене ознаке на паковањима, налепницама, етикетама, сигурносним ознакама и ознакама аутентичности као и нуђење, стављање у промет, складиштење у ту сврху или увоз и извоз наведених предмета на којима је жиг истакнут.

4. Ограничења

Једна од првих промена везаних за ограничења овог права тиче се личног имена. Иако је ово ограничење уобичајено у националним правима,¹⁸ овде се прецизира да се ограничење односи само на употребу имена или адресе трећег лица под условом да је реч о физичком лицу, уколико се жиг користи у складу са добрим пословним обичајима у индустрији или трговини. Ово решење, такође, одступа од досадашње праксе Европског суда правде изражене кроз став у предмету *Celine V. Celine* (C-17/06),¹⁹ где је заузето становиште да се ограничење односи и на трговачка имена. Интересантно је уочити да је листа облика ограничења овог жига ограничена и сужена на три јасно дефинисана случаја, те да је искључивог карактера. Наиме, осим поменутог ограничења за употребу личног имена физичког лица, прописано је још и ограничење за употребу у сврху препознавања или упућивања на производе или услуге као оне који припадају носиоцу жига, као и употреба знакова или података који нису дистинктивни, или који се односе на врсту, квалитет, количину, намену, или друге карактеристике производа или услуге. Приметно је да недостаје генерално изузеће за облике изражавања слободе говора, попут критика, пародија или коментара.²⁰

5. Класификација

У свим системима где се жиг стиче регистрацијом производи или услуге из пријаве се одређују у складу са Ничанском класификацијом. До сада је за пријаву жига ЕУ било довољно назначити класу робе или услуга за коју се заштита тражи, међутим нова Уредба мења овакву праксу у складу са ставом Европског суда правде из одлуке у случају *IP Translator*

18 Према Закону о жигу, у Србији се не може регистровати знак истоветан личном имену физичког лица без писмене сагласности.

19 Европски суд правде, предмет бр. C-17/06, *Celine V. Celine*, 11. септембар 2007. године.

20 L. Cassidy, B. Pots, 33.

(С 307/10).²¹ Наиме, од подносиоца пријаве захтева се да јасно и прецизно идентификује производе односно услуге у оквиру одређене класе за које се тражи заштита на тај начин да надлежна тела могу искључиво на основу пријаве одредити обим заштите који се тражи. Изричито се наводи да се употреба општих израза, укључујући и опште наслове класа, има тумачити тако да обухвата све производе и услуге који су јасно обухваћени дословним значењем израза. Такође, прописано је да се производи и услуге не смеју сматрати сличним само зато што припадају истој класи, или различитим зато што припадају различитим класама. Уредбом је прописан рок од шест месеци у којем носиоци већ регистрованих жигова могу ускладити дефинисање производа односно услуга на које се њихов жиг односи.

Чини се да постављени стандард јасног и прецизног идентификовања производа и услуга „на начин да надлежна тела могу искључиво на основу пријаве одредити обим заштите који се тражи“ може бити дискутабилан у пракси. Може се очекивати да ће се у пракси повећати број спорних случајева око сукоба жигова који се односе на „блиске“ врсте добара у оквиру исте класе, а посебно ће бити тешко одредити њихову сличност обзиром на то да је изричито прописано да се припадност истој класи не сме ценити у том смислу.

III Процесно право

Сва надлежност везана за регистрацију и поступак по пријавама за жиг ЕУ остаје при Заводу за хармонизацију унутрашњег тржишта, који мења назив у Завод за интелектуалну својину Европске уније. Завод бележи константан раст броја пријава за заштиту жига ЕУ, при чему у последњих пар година у просеку процесуира око 100.000 пријава годишње.²² Нова уредба наставља да промовише активну улогу трећих лица како у поступку регистрације, где у периоду објаве пријаве могу поднети приговор, тако и након регистровања жига ЕУ, где имају иницијативу за покретање поништаја. Интересантно решење које не познаје српско право односи се на прописивање посебног одбрамбеног средства подносиоца пријаве против подносиоца приговора, а то је истицање да жиг подносиоца пригово-

21 Више о томе доступно на адреси: <http://www.fieldfisher.com/publications/2012/07/translating-ip-translator#sthash.Imnq3Xj3.dpbs>.

22 William Robinson, Giles Pratt, Ruth Kelly, „Trademark Law Harmonization in the European Union: Twenty Years Back and Forth“, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, Vol. 23, 2013, 31.

ра није коришћен у периоду од пет година, услед чега се његов приговор има одбацити. У сврху предупредивања спорова, подносиоцу пријаве остављена је могућност да захтева претраживање и база националних завода, те је посебна пажња посвећена унапређивању сарадње између европског и националних завода.

Потом, поступак пред Заводом је и даље двостепен, с тим што истичемо да је новом Уредбом први пут отворена могућност оснивања Центра за посредовање²³ у споровима за које је надлежан Завод, што је решење које би требало да допринесе ефикасности и квалитету рада овог тела. Може се приметити да је ова реформа била прилика да се, аналогно Јединственом патентном суду који је установљен пре неколико година за спорове поводом унитарног патента, оснује посебан суд надлежан за спорове поводом европског жига. Очигледно је процена да постојећи систем судске заштите функционише довољно ефикасно, те остаје посебно важна улога Европског суда правде који делује као највиша инстанца, те чим се одлукама у највећој мери гради пракса европског жиговног права.

Посебна новина тиче се смањења цена такси за регистрацију европског жига, односно промене система тарифе, што би требало да допринесе ефикасности и охрабри носиоце жигова међу малим и средњим предузећима да региструју своје ознаке. Осим цена такси за регистрацију,²⁴ смањене су цене такси на приговор, захтев за поништај и жалбу на одлуку Завода, а систем је осмишљен тако да подстакне електронско подношење пријава. Према проценама Европске комисије, очекује се да ће смањење трошкова поступка бити осетно и да ће деловати позитивно на популарност ове врсте жига.

У досадашњем делу рада представљене су најважније промене у регулацији жига ЕУ, и уједно истакнуте његове битне карактеристике. Чини се да је реформа учињена ради прилагођавања ове сфере права интелектуалне својине новим технологијама, те да се може очекивати разноврснија пракса у коришћењу овог института. Очигледно је настојање да се подстакне употреба ове врсте жига кроз снижење трошкова поступка, појачавање заштите права код робе у транзиту, смањење броја спорова услед прецизније идентификације робе или услуге на које се заштита односи.

23 Уредба, чл. 137а.

24 На пример, сада ће такса за регистровање жига ЕУ за једну класу износити 850 еура, уместо досадашњих 1350 еура. Детаљан приказ нове шеме тарифирања видети: <http://www.fieldfisher.com/publications/2015/07/major-reforms-to-eu-trade-marks-law#sthash.9pXeuky.dpbs>.

Чини се да ће прави задатак правника бити да савладају сложеност односа који могу настати поводом паралелне употребе националних, међународних и ЕУ жигова на истом тржишту. Том задатку посвећен је и наредни одељак овог рада.

IV Жиг Европске уније и право Републике Србије

Једна од основних обавеза Републике Србије као државе кандидата за приступ Европској унији је усаглашавање националних правних прописа са прописима ЕУ. Иако је последњом проценом Европске комисије Закон о жигу оцењен као прилично усаглашен,²⁵ несумњиво да ће и он претрпети одређене промене у складу са Директивом ЕУ 2015/2436 о усклађивању законодавстава држава чланица у области жигова, која чини други елемент поменуте реформе. Осим промена које би чланство у ЕУ донело у области националног жиговног права, чини се да би значајна новина била и аутоматско важење европског жига и у републици Србији као држави чланици. Покушаћемо да одговоримо на нека од спорних питања која би се овде могла појавити.

1. Однос између међународне пријаве и жига ЕУ

Обзиром на то да је Република Србија део тзв. Мадридске уније, у постављене Мадридским аранжманом о међународном регистровању жигова и Протоколом уз Мадридски аранжман, то наш систем познаје међународну заштиту жига, могућност да се пријавом пред националним заводом назначењем земаља у којима се захтева заштита прошири важење жига и на њихове територије. Како је и Европска унија потписница Мадридског аранжмана, поставља се питање који је однос овог система заштите са жигом ЕУ, тј. може ли се означањем ЕУ као територије проширења у међународној пријави постићи исти ефекат као и регистровањем жига ЕУ? Наизглед се чини да је тако, међутим истичемо следеће разлике које нису занемарљиве: разлика би се састојала у надлежности за регистрацију, њеним трошковима, али и у материјалним питањима, обзиром на то да је жиг ЕУ посебна врста жига чија је природа одређена Уредбом, а жиг по међународној пријави остаје одређен националним правом.

25 Из Националног програма за усвајање правних тековина ЕУ, доступно на адреси: http://www.seio.gov.rs/upload/documents/nacionalna_dokumenta/npaa/NPAA_2014_2018.pdf.

2. Жиг ЕУ као сметња за регистрацију националног

Ово питање односи се на ситуацију када би носилац жига ЕУ приговарао регистрацији националног жига у Републици Србији, при чему робе или услуге обележене европским жигом нису у промету на домаћем тржишту. Да ли би такав приговор требало усвојити, иако наизглед регистрација домаћег жига у пракси не би довела до повреде права? Овде се поставља претходно питање у ком обиму је неопходно употребљавати жиг ЕУ да би он био у употреби? Да ли је неопходна употреба у свакој држави чланици? Одговор на ово питање дао је Европски суд правде у одлуци у предмету *Iron Smith ktf v Unilever NV*, C-125/14,²⁶ где је заузео став да репутација жига ЕУ у једној од држава чланица може бити довољна за приговор против регистрације националног жига, чак и уколико репутације нема у држави у којој се регистрација тражи, ако се покаже да је „комерцијално значајном“ делу домаће јавности ранији знак познат, уколико таква јавност повезује знакове и постоји повреда ранијег у садашњости или постоји могућност повреде у будућности.²⁷ Иако проблематичан с аспекта утврђивања релевантног дела јавности, као и доказивања његове свести о повезаности између два знака, ипак можемо закључити да је одговор на питање од којег смо кренули позитиван, те да ће подносилац пријаве за национални жиг морати да улаже додатне напоре претраге жигова ЕУ како би у виду имао све касније евентуалне сметње заштити његовог права.

3. Аутоматско важење жига ЕУ

Најспорније питање односи се на моменат увођења овог жига у правни систем Републике Србије. Требало би да његово важење наступи аутоматски, што може довести до сложених проблема у пракси. Наиме, поставља се питање шта уколико би у Републици Србији пре ступања у чланство био регистрован национални жиг исти или сличан раније регистрованом жигу ЕУ, за исту или сличну врсту робе или услуга? Аутоматским наступањем важења жига ЕУ долази до ситуације где на једном тржишту коегзистирају два подударна знака, што је супротно основном принципу жиговног права. Несумњиво да однос између ова две врсте жи-

26 Европски суд правде, предмет бр. C-125/14, *Iron Smith v Unilever NV*, 3. септембар 2015. године.

27 Rachel Montagon, Joel Smith, „Lack of national reputation not necessarily a bar to use of Community trademark to object to later national applications“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 11, 2016.

га изискивати посебно прецизно нормирање, а остаје да се види за које решење би се одлучио наш законодавац. Наиме, Законом о жигу Републике Хрватске прописано је да у наведеном случају носилац националног жига може тужбом захтевати забрану употребе у Републици Хрватској жига ЕУ којем је важење аутоматски проширено услед ступања у чланство, с тим што мора доказати да се жиг ЕУ супротставља његовом националном жигу.²⁸ Овакво решење има логике, јер осим што домаћи поредак стаје у заштиту националног жига, чини се да је такво решење најближе правичном обзиром на то да је интерес носиоца националног жига јаче изражен, јер је он још раније имао потребу да на том простору заштити своје право, а носиоца жига ЕУ слабији, јер је до тада имао друге могућности заштите на тој територији (на пример, путем међународне пријаве) које није користио.

V Закључак

Након анализирања најбитнијих измена регулисања комунитарног жига, чини се да је највећи корак напуштање услова графичког приказа ознаке као подобног предмета заштите. С обзиром на то да се процес реформисања жига ЕУ одвија паралелно са унапређењем хармонизације националних права у области жига, несумњиво да ће отварање врата нетрадиционалним ознакама попут звукова и мириса бити подстрек и за развијање националних права у том смеру. Даље, промена начина одређивања робе и услуга према Ничанској класификацији, смањење цена регистрације, пооштрена заштита жига код робе у транзиту, појачавање апсолутних разлога за одбијање, јачају заштиту која се овим институтом пружа, чине је приступачнијом и оправдано је очекивати пораст у примени овог института у будућности.

Како је Србија у статусу кандидата за чланство у Европској унији, очигледно је да ће морати да усклади своје регулисање жига у складу са захтевима хармонизације жиговног права чланица. Посебну пажњу треба посветити моменту наступања важности ЕУ жигова, те њиховом односу са већ регистрованим националним жиговима, за које сматрамо да треба да имају предност. Остаје да се види у ком смеру ће се развијати сложеност односа који настају поводом паралелне употребе националних, међународних, и ЕУ жигова на истом тржишту, те да ли ће унификација и хармонизација жиговног права довести до нестанка потребе за постоја-

28 Закон о жигу, *Народне новине*, бр. 173/03, 54/05, 76/07, 30/09, 49/11, чл. 67г.

њем националних жигова. Оваквом реформом учињен је корак даље ка проширењу капацитета овог института да се развије у јединствени, унитарни жиг који ће елиминисати потребу за другим облицима заштите.

Mina JOVANOVIĆ, M.A.

PhD Candidate at the Faculty of Law University of Belgrade

EUROPEAN UNION TRADEMARK, SPECIFICS AND CONTENTIOUS ISSUES

Summary

In December 2015 European Parliament and the Council enacted Regulation (EU) 2015/2424 amending Council Regulation on the Community trade mark, as a part of EU trademark law reform package. Author analyzes changes in substantive and procedural community trade mark regulation, and points out its specifics as a supranational, unitary institute. Leaving the graphical representation requirement is revolutionary step which opens doors for protection of new kinds of signs, while improving protection of goods in transit, new forms of infringement and absolute grounds for refusal, strengthen capacity of this institute, and contributes to its popularity. Second part of this article deals with position of the Republic of Serbia as a candidate for EU membership considering trademark law, with an idea to emphasize complexity of relations between international, European and national trade marks regarding their coexistence in one market, with particular reference to the moment of automatic EU trademark validity occurrence.

Key words: *European Union trademark, community trademark, European Union, graphical representation of mark.*

Вукашин ПЕТРОВИЋ

студент докторских студија Правног факултета Универзитета
у Крагујевцу

ПРАВА НА МУЗИЧКИМ ДЕЛИМА ЗА КОРИШЋЕЊЕ НА ИНТЕРНЕТУ У СВЕТЛУ МУЛТИТЕРИТОРИЈАЛНОГ КОЛЕКТИВНОГ ЛИЦЕНЦИРАЊА

Резиме

Директивом 2014/26/EУ створени су услови за, inter alia, мулти-територијално колективно лиценцирање права на музичким делима за коришћење на интернету на унутрашњем тржишту Европске уније. С тим у вези, треба имати у виду да правилна примена одредаба Директиве које се односе на поменуто лиценцирање зависи од хармонизоване примене појединачних права за коришћење дела на интернету у свим државама чланицама. У том смислу, у овом раду биће приказане разлике које постоје међу државама чланицама у вези са тумачењем појединих права за коришћење дела на интернету, као и проблеми које те разлике могу проузроковати у погледу лиценцирања.

Кључне речи: мултитериторијално лиценцирање, колективно остваривање ауторског права, право на чињење доступним јавности, право на умножавање.

I Уводне напомене

Директива 2014/26/EУ представља први пропис на нивоу Европске Уније којим се, на свеобухватан начин, регулише материја колективног остваривања ауторског и сродних права.¹ Наиме, срж *acquis com-*

1 Директива 2014/26/EУ Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о колективном остваривању ауторског и сродних права и мултитериторијалном лиценцирању права на музичким делима за коришћење на интернету на унутрашњем тржишту (*Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market*, даље у фуснотама: Директива 2014/26/EУ). Директива 2014/26/EУ је ступила на снагу 10.04.2016. године.

nautaire-a је, до ступања на снагу наведене Директиве, била сачињена од неколико референци у различитим Директивама, као и од одлука Суда правде Европске уније и Европске комисије на основу правила о конкуренцији.² Циљ Директиве 2014/26/ЕУ јесте да успостави правила транспарентности и доброг управљања у погледу колективног остваривања ауторског и сродних права,³ као и правила мултитериторијалног лиценцирања права на музичким делима за коришћење на интернету на унутрашњем тржишту, од стране организација за колективно остваривање ауторског права. Наиме, досадашњи систем колективног остваривања ауторског права подразумевао је, поједностављено гледано, да *музички сервис*, заинтересован за пружање *online* услуга на територији више држава чланица, стекне лиценце од одговарајућих организација, и то у свакој држави чланици посебно. С друге стране, кроз систем мултитериторијалних лиценци *музичком сервису* се омогућава да од једне организације стекне поменути лиценцу у погледу права на одговарајућим музичким делима које та организација колективно остварује.

С тим у вези, треба имати у виду да међу државама чланицама постоје значајне разлике у погледу тумачења појединих права која могу бити предмет мултитериторијалних лиценци. У том смислу, у овом раду биће приказане наведене разлике, односно другим речима, биће приказано да хармонизација наведених права у погледу коришћења музичких дела на интернету на нивоу свих држава чланица представља предуслов за правилно функционисање система мултитериторијалног колективног лиценцирања.

II Правни оквир за мултитериторијално колективно лиценцирање

Када је реч о правном оквиру, најпре треба рећи да је 37. тачком преамбуле Директиве 2014/26/ЕУ прописано да: „пружаоци услуга на интернету који искоришћавају музичка дела, као што су музички сервиси који омогућавају корисницима да преузму музику путем *download*-а или да је слушају путем *streaming*-а ... прво морају да стекну право да користе

2 Maria Mercedes Frabboni, „Collective management of copyright and related rights: Achievements and problems of institutional efforts towards harmonisation“, *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (ed. Estelle Derclaye), Cheltenham, 2009, 274.

3 Irina Stamatoudi, Paul Torrenmans (editors), *EU Copyright Law – A Commentary*, Cheltenham, 2014, 699.

таква дела. Директива 2001/29/ЕЗ⁴ захтева да лиценца мора бити стечена за свако појединачно право у погледу искоришћавања музичких дела на интернету. У односу на ауторе, та права су *искључиво право на умножавање* и *искључиво право на јавно саопштавање* музичких дела, које укључује и *право на чињење музичких дела доступним јавности*.“

Када је реч о *праву на јавно саопштавање*, чл. 3 ст. 1 Директиве 2001/29/ЕЗ прописана је обавеза држава чланица да предвиде за ауторе искључиво право да дозволе или забране било какво *јавно саопштавање* њихових дела, жичним или бежичним путем, укључујући и *чињење доступним јавности* њихових дела на такав начин да припадници јавности могу приступити тим делима са места и у време које сами одаберу. У том смислу, *право на јавно саопштавање* представља „кровно“ право које, поред *чињења доступним*, обухвата све друге облике бестелесног саопштавања дела јавности, жичним или бежичним путем, а увек у случајевима када јавност није присутна на месту одакле саопштавање потиче.⁵

С друге стране, *правом на чињење доступним јавности* штити се радња *чињења дела доступним јавности* путем интерактивних трансмисија на захтев (*on-demand*), које карактерише чињеница да им припадници јавности могу приступити са места и у време које сами одаберу.⁶ С тим у вези, треба имати у виду да је *право на чињење дела доступним јавности* заштићено као облик *права на јавно саопштавање*, не као *sui generis* право, при чему наведена чињеница *не значи* да за његово вршење *није потребна посебна сагласност* носиоца права, већ да наведено право треба тумачити доследно са *правом на јавно саопштавање*, као и да је подложно истим ограничењима и изузецима.⁷

На крају, чл. 2 ст. 1 тач. (а) Директиве 2001/29/ЕЗ прописано је да ће државе чланице предвидети за ауторе искључиво право да дозволе или забране директно или индиректно, привремено или трајно *умножа-*

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

5 I. Stamatoudi, P. Torrenmans, 408.

6 Директива 2014/26/EУ, рецитал 25.

7 De Wolf & Partners in collaboration with Crids, Study on the Application of the Directive 2001/29/EC on Copyright and Related rights in the Information Society, 2013, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/131216_study_en.pdf, 01.03.2016, 27 (даље у фуснотама: *Study on the Application of the Directive 2001/29/EC*).

вање њихових дела, било којим средствима и у било којој форми, у целини или делимично. С тим у вези, треба имати у виду да је обим *права на умножавање* ограничен *обавезним изузетком* из чл. 5 ст. 1 наведене Директиве којим је прописано да су привремене радње умножавања из чл. 2 које су пролазне или случајне и које чине саставни и битни део технолошког процеса, и чија је једина сврха да омогуће: (а) трансмисију на мрежи између трећих лица преко посредника, или (б) да омогући законито коришћење ауторског дела ... и које немају засебан економски значај, *узете* од права на умножавање које је прописано чл. 2.⁸

III Право на јавно саопштавање музичких дела

Право на јавно саопштавање музичких дела, у контексту мултитериторијалног лицензирања за коришћење на интернету, *изузимајући право на чињење доступним јавности*, подразумева саопштавање дела јавности путем *live (уживо) streaming-a*.

Live streaming као облик јавног саопштавања музичких дела путем интернета функционише тако што се дело путем дигиталног сигнала саопштава⁹ неодређеном броју потенцијалних корисника музичког сервиса путем којег је сигнал доступан, и то истовремено, при чему корисници *немају никаквог утицаја* на место и време саопштавања, нити на избор и редослед музичких дела која се на такав начин саопштавају. Поједностављено гледано, *live streaming* се може упоредити са класичним радио или телевизијским програмом где корисник може само слушати и/или гледати програм, и то укључивањем радио или телевизијског уређаја.¹⁰ Слично наведеном, код *live streaming-a*, корисник се може само прикључити саопштавању дела, путем *web* сајта музичког сервиса.

С тим у вези, треба имати у виду да приликом саопштавања музичког дела кориснику путем *live streaming-a*, у *cash* меморији *hard* диска рачунара¹¹ путем којег је корисник приступио музичком сервису настају

8 Наведени изузетак, као и сви остали изузеци предвиђени чл. 5 Директиве 2001/29/ЕЗ, може бити примењен само у одређеним посебним случајевима, који нису у сукобу са нормалним искоришћавањем дела, и којима се неразумно не вређају легитимни интереси носиоца права.

9 Maurizio Borghi, „Chasing Copyright Infringement in The Streaming Landscape“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 42, No. 3, 2011, 319.

10 WIPO, Educational Material on Collective Management of Copyright and Related Rights – Module 2: Management of copyright and related rights in the field of music, 2012, доступно на адреси: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_emat_2014_2.pdf, 06.03.2016, 67.

11 Корисник може приступити музичким делима на интернету и путем других уређаја, као што су *smartphone*, *iPod* и сл. Међутим Суд правде Европске уније изнео је тумачење везано само

умножени примерци музичког дела. Наведени умножени примерци, који су *привременог карактера*, настају као саставни део техничког процеса *live streaming*-а, дакле независно од контроле музичког сервиса и корисника.¹² Имајући у виду чињеницу да за наведене умножене примерке, иако су привременог карактера, мора постојати сагласност носиоца *права на умножавање*, најпре се поставља питање да ли ови примерци могу бити обухваћени *правом на јавно саопштавање*, с обзиром на чињеницу да представљају саставни део техничког процеса *live streaming*-а. Иако Директива 2001/29/ЕЗ не даје одговор на наведено питање, полазећи од праксе Суда правде Европске уније којом је установљено да је *правом на јавно саопштавање* заштићена радња јавног саопштавања али не и радња пријема дела,¹³ може се извући закључак да привремени умножени примерци које настају као резултат пријема *live streaming*-а нису обухваћени *правом на јавно саопштавање*, већ *правом на умножавање*.

С друге стране, поставља се питање да ли такви привремени умножени примерци испуњавају услове да буду изузети на основу чл. 5 ст. 1 Директиве 2001/29/ЕЗ? На наведено питање, Суд правде Европске уније је у случају *Public Relations Consultants Association Ltd v Newspaper Licensing Agency Ltd and Others* дао потврдан одговор, заузевши став да су привремени умножени примерци који су начињени у *cash* меморији *hard* диска рачунара од стране корисника приликом прегледања *web* сајта обухваћени изузетком из наведеног члана,¹⁴ при чему се поменути став Суда

за рачунаре (*infra* фн. 13), због чега се у раду неће разматрати приступ наведеним делима путем других уређаја.

- 12 У вези са наведеним, треба имати у виду да приликом саопштавања дела путем *live streaming*-а, поред *cash* меморије, умножени примерци дела настају и у *buffer* меморији рачунара помоћу којег је корисник приступио музичком сервису. Међутим, када је реч о музичким делима, умножени примерци који настају у *buffer* меморији рачунара не представљају умножене примерке у правном смислу, с обзиром на њихову техничку природу, а чак и када би то био случај, на њих би се примењивао исти правни режим као и за примерке који настају у *cash* меморији рачунара. Више о томе вид. М. Borghi, 316-343.
- 13 Пресуда Суда правде Европске уније у здруженим предметима C-403/08 и C-429/08 *Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others*, (C-403/08) and *Karen Murphy v Media Protection Services Ltd*, (C-429/08), *European Court Reports*, I-09083, 2011, пар. 171; Пресуда Суда правде Европске уније у предмету C-306/05 *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA*, *European Court Reports*, I-11519, 2006, пар. 43.
- 14 Пресуда Суда правде Европске уније у предмету C-360/13 *Public Relations Consultants Association Ltd v Newspaper Licensing Agency Ltd and Others*, *Electronic Reports of Cases (Court Reports - general)*, 2014, пар. 64.

може применити и на такве умножене примерке који настају као резултат *live streaming*-а.¹⁵

Дакле, музички сервис који је заинтересован да пружи услуге *live streaming*-а на територији више држава чланица треба да стекне мултитериторијалну лиценцу само за *право на јавно саопштавање* од одговарајуће организације за колективно остваривање ауторског права која је овлашћена на уступање таквих лиценци од стране претходних носилаца права.¹⁶

IV Право на чињење музичких дела доступним јавности

Право на чињење музичких дела *доступним јавности*, у погледу мултитериторијалног лиценцирања за коришћење на интернету, подразумева чињење дела доступним јавности путем *on-demand streaming*-а и *download*-а (преузимања).

За разлику од *live streaming*-а, оно што карактерише и *on-demand streaming* и *download* јесте постојање умножених примерака музичког дела и на страни музичког сервиса и на страни корисника. Конкретно, реч је о *upstream* (узводном) и *downstream* (низводном) умножавању.

Наиме, да би се једно музичко дело учинило *доступним јавности*, како путем *on-demand streaming*-а тако и путем *download*-а, најпре је неопходно такво дело „поставити“ на *hosting* сервер музичког сервиса што подразумева да је неопходно да музички сервис начини умножени примерак дела на *hosting* серверу. Наведено *upstream* умножавање дела је неопходно како би се омогућило саопштавање дела корисницима, *на њихов захтев*.¹⁷ Код *upstream* умножавања, у највећем броју случајева реч је о *трајним* умноженим примерцима, али чак и када је реч о *привременим* умноженим примерцима, такви примерци не испуњавају услове за изузеће на основу чл. 5 ст. 1 Директиве 2001/29/ЕЗ.¹⁸ Међутим, треба имати у виду да не сматрају све државе чланице *upstream* умножене примерке као резултат радње умно-

15 Study on the Application of the Directive 2001/29/EC, 120.

16 Када је реч о *сродним правима*, произвођач фонограма и интерпретатор имају право само на *јединствену правичну накнаду*, што значи да за пружање услуга *live streaming*-а није потребна њихова сагласност.

17 De Wolf & Partners, Study on the making available right and its relationship with the reproduction right in cross-border digital transmissions, 2014, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/141219-study_en.pdf, 15.03.2016, 70 (даље у фуснотама: Study on the making available right).

18 Study on the Application of the Directive 2001/29/EC, 119.

жавања, већ као део радње чињења дела доступним јавности,¹⁹ што доводи до правне несигурности у смислу мултитериторијалног колективног лиценцирања. Наиме, музички сервис који је заинтересован да својим корисницима омогући услуге *on-demand streaming*-а и *download*-а на територији више држава чланица мора да стекне лиценцу за право на чињење доступним јавности за поједине државе чланице, док за друге државе мора да стекне лиценцу и за право на умножавање, при чему у државама чланицама пред којим се националним судовима још увек није поставило питање правне квалификације *upstream* умножавања, питање потребних лиценци остаје неразјашњено. Поред тога, ситуацију додатно компликује чињеница да право на чињење доступним јавности и право на умножавање могу колективно остваривати различите организације.²⁰

С друге стране, корисници музичког сервиса могу приступити делу путем *on-demand streaming*-а или *download*-а, или и једним и другим путем, зависно од начина који је музички сервис изабрао да дело учини доступним јавности.²¹

Када је реч о *on-demand steaming*-у, разлика између наведеног и *live steaming*-а је, поред иницијалних радњи којим се дело саопштава путем дигиталног сигнала, односно „поставља“ на *hosting* сервер музичког сервиса, у томе што код *on-demand steaming*-а корисник бира, из одговарајућег каталога музичког сервиса, музичка дела која ће бити саопштена њему појединачно,²² њихов редослед, као и место и време саопштавања. С друге стране, заједничко за обе врсте *steaming*-а јесте да приликом саопштавања музичког дела, у *cash* меморији *hard* диска рачунара помоћу којег је корисник приступио музичком сервису, настају привремени умножени примерци музичког дела који су, као што је наведено, изузети на основу чл. 5 ст. 1 Директиве 2001/29/ЕЗ.²³

19 Реч је о Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске и Савезној Републици Немачкој. *Study on the making available right*, 43.

20 Реч је о организацијама за колективно остваривање тзв. „малих“ права и организацијама за колективно остваривање тзв. „механичких“ права. Такође, треба имати у виду да за разлику од *live streaming*-а, произвођач фонограма и интерпретатор код *on-demand streaming*-а и *download*-а имају искључива права на чињење доступним јавности и на умножавање, што значи да је музичком сервису потребна и њихова сагласност.

21 *Study on the Application of the Directive 2001/29/EC*, 110.

22 Наиме, дело је учињено доступним јавности, односно неодређеном броју потенцијалних корисника музичког сервиса, при чему се саопштава сваком појединачном кориснику на његов захтев.

23 Од овог правила постоји изузетак који се односи на један посебан облик *on-demand streaming*-а. Наиме, реч је о услузи којом поједини музички сервиси омогућавају корисницима да

На крају, приликом *download*-а, на *hard* диску рачунара помоћу којег је корисник приступио музичком сервису настаје *трајни* умножени примерак музичког дела, што подразумева да корисник *потпуно независно* од музичког сервиса одлучује када, где и колико пута ће слушати дело. У вези са наведеним важно је истаћи да се, за разлику од *upstream* умножавања, трајни умножени примерак дела који настаје приликом *download*-а не може сматрати делом радње *чињења дела доступним јавности*, већ само као резултат радње *умножавања*. Наведени закључак је последица чињенице да *право на чињење доступним јавности* мора бити тумачено доследно *праву на јавно саопштавање* којим, као што је наведено, није заштићена радња пријема дела.

Међутим, треба имати у виду да међу државама чланицама не постоји сагласност око тога да ли *радњу умножавања* која за резултат има *трајни* умножени примерак дела врши *корисник* или *музички сервис*, и у том смислу, ко од наведених лица треба да стекне лиценцу од одговарајуће организације за колективно остваривање ауторског права, или да испуни услове за евентуалну примену изузетка од *права на умножавање*.²⁴ Такође, полазећи од посебних околности случаја *Public Relations Consultants Association Ltd v Newspaper Licensing Agency Ltd and Others* питање је да ли се став суда да *корисник* приликом прегледања *web* сајта „прави“ *привремене* умножене примерке у *cash* меморији *hard* диска рачунара, може применити и на *трајне* умножене примерке дела који настају на *hard* диску рачунара као резултат *download*-а. У том смислу, *музички сервис* који својим корисницима пружа услуге *download*-а на територији више држава чланица, и који је стекао мултитериторијалну лиценцу за *чињење дела доступним*, ризикује да изврши повреду ауторског права на територији оних држава чланица које сматрају да тај музички сервис врши и *радњу умножавања*. С друге стране, у оним државама чланицама који су заузеле супротан став, корисник самим преузимањем музичког дела путем *download*-а ризикује да изврши повреду наведеног права.

слушају музичка дела без потребе да поново захтевају саопштавање дела путем *on-demand streaming*-а, односно у тзв. *offline* моду. На основу такве услуге на рачунару корисника настају умножени примерци музичког дела који нису ни трајног ни привременог карактера у горе наведеном смислу, имајући у виду да им корисник може приступити само док траје претплата на такав музички сервис. Међутим, питање да ли такви умножени примерци могу бити изузети на основу чл. 5 ст. 1 Директиве 2001/29/ЕЗ је ван обима овог рада. Више о томе вид. *Study on the making available right*, 70-77.

24 *Study on the Application of the Directive 2001/29/EC*, 112.

Када је реч о могућности примене изузетка од *права на умножавање*, очигледно је да се ни *музички сервис* ни *корисник* не би могли позвати на чл. 5 ст. 1 Директиве 2001/29/ЕЗ, полазећи од чињенице да се исти односи на *привремене* умножене примерке. С тим у вези, поставља се питање да ли се може применити изузетак умножавања у личне некомерцијалне сврхе из чл. 5 ст. 2 тач. б наведене Директиве?²⁵ У том смислу, уколико претпоставимо да *музички сервис* врши радњу умножавања, треба имати у виду чињеницу да међу државама чланицама не постоји сагласност око питања да ли се исти може позвати на наведени изузетак.²⁶ Међутим, чак и када би се *музички сервис* могао позвати на такав изузетак, имао би тежак задатак да у свакој држави чланици задовољи услове прописане за његову примену, имајући у виду чињеницу да је на националном нивоу имплементиран са великим бројем разлика.²⁷ С друге стране, наведене разлике подразумевају да је коришћење услуга *download*-а, с позивом на наведени изузетак од стране *корисника*, допуштено у неким државама чланицама, док у другим представља повреду ауторског права. Полазећи од наведених разлика, очигледно је да се *музички сервис* не може ослонити на наведени изузетак уколико жели да пружи услуге *download*-а на територији више држава чланица. Дакле, када је реч о могућности примене изузетка умножавања у личне некомерцијалне сврхе, у оба наведена случаја би постојала неопходност хармонизације правила у погледу поменутог изузетка у свим државама чланицама.

С тим у вези, поставља се питање *оправданости* проширивања до-машаја наведеног изузетка, и самим тим свођења *искључивог права на умножавање* на *право на накнаду*, имајући у виду да није реч о ситуацији у којој не постоји други начин за његово остваривање. Поред тога, поставља се питање да ли би систем правичне накнаде био *економски ефикаснији* у односу на систем лиценцирања права на умножавање? У том смислу, полазећи од расправа и контроверзи које је систем правичне накнаде

25 Укратко, реч је о изузетку који се односи на умножавање извршено на било ком медију од стране физичког лица за личну употребу и за сврху која није ни директно ни индиректно комерцијална, под условом да носиоци права добију *правичну накнаду*.

26 Наиме, Савезни суд правде Републике Немачке заузео је став да пружалац интернет услуга који је извршио умножавање у име својих корисника није повредио искључива права, док је Апелациони суд у Паризу, извео супротан закључак, иако је чињенично стање два случаја практично било идентично, заузевши став да се пружалац интернет услуга не може позвати на изузетак умножавања у личне некомерцијалне сврхе. Више о томе вид. *Study on the making available right*, 43-44.

27 *Ibid.*, 74.

изазвао, не би било пожељно, са правног и политичког становишта гледано, проширити домашај наведеног изузетка и његовог механизма на кнаде.²⁸

V Закључак

Директивом 2014/26/EУ постављен је основ за мултитериторијално колективно лиценцирање права на музичким делима за коришћење на интернету на унутрашњем тржишту. Међутим, бројне разлике које постоје међу државама чланицама у погледу тумачења *права на чињење доступним јавности* и односа наведеног права са *правом на умножавање*, стварају правну несигурност на страни музичких сервиса који су заинтересовани да пруже интерактивне *on-demand* услуге на територији више држава чланица. У том смислу, неопходно је на нивоу Уније извршити хармонизацију *права на чињење доступним јавности*, при чему је неопходно прецизно одредити које радње су обухваћене наведеним правом, односно *правом на умножавање*.

Пре свега, неопходно је заузети јединствен став по питању *upstream* умножених примерака дела који представљају технички неопходан услов за чињење дела доступним јавности, како путем *on-demand streaming*-а тако и путем *download*-а. Наиме, такве примерке дела би требало дефинисати или као *резултат радње умножавања*, или као *део радње чињења дела доступним јавности*. С тим у вези треба имати у виду да „постављање“ умножених примерака дела на *hosting* сервер од стране музичког сервиса, не може бити обухваћено *правом на чињење доступним јавности* уколико корисницима није омогућен приступ делу.

С друге стране, када је реч о *трајним* умноженим примерцима дела који настају као резултат *download*-а, такви примерци не могу бити обухваћени *правом на чињење доступним јавности*, нити могу бити изузети од *права на умножавање* на основу чл. 5 ст. 1 Директиве 2001/29/EЗ. Поред тога, имајући у виду проблеме које би проширење домашаја изузетка умножавања у личне некомерцијалне сврхе изазвало, очигледно је да наведени облик интерактивног коришћења дела нужно подразумева стицање лиценце за *право на чињење доступним јавности* и за *право на умножавање*. С тим у вези, неопходно је утврдити ко сноси одговорност за *трајне* умножене примерке дела који настају као резултат *download*-а, и самим тим, ко треба да стекне одговарајућу лиценцу. У том смислу,

28 *Ibid.*, 102.

уколико претпоставимо одговорност *корисника*, поставља се питање на који начин би одговарајућа организација могла да уступи лиценцу за *право на умножавање* сваком појединачном кориснику који жели да користи услуге *download*-а, односно на који начин би могла да спречи кориснике да без лиценце врше радњу умножавања која настаје као резултат наведене услуге. Имајући у виду потенцијални број корисника, и самим тим фактичку немогућност организације да уступи лиценце свим заинтересованим корисницима, као једино могуће решење намеће се утврђивање одговорности музичког сервиса.

Vukašin PETROVIĆ

PhD student at the Faculty of Law University of Kragujevac

RIGHTS IN MUSICAL WORKS FOR ONLINE USE IN THE LIGHT OF COLLECTIVE MULTI-TERRITORIAL LICENCING

Summary

Directive 2014/26/EU has created the conditions for, inter alia, collective multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market of the European Union. In this regard, one should bear in mind that the proper application of the provisions of the Directive relating to the mentioned licensing depends on the harmonised application of individual rights for use of works on the Internet in all Member States. In that sense, we will show in this paper the differences that exist between Member States concerning the interpretation of certain rights for use of works on the Internet, as well as problems that these differences could cause in terms of licensing.

Key words: *multi-territorial licensing, collective management of copyright and related rights, the right of making available, the right of reproduction.*

ПРАВО ОСИГУРАЊА

Др Владимир ЧОЛОВИЋ

научни саветник Института за упоредно право, Београд

РЕОРГАНИЗАЦИЈА ОСИГУРАВАЈУЋИХ ДРУШТАВА ПО ДИРЕКТИВИ „СОЛВЕНТНОСТ II”

Резиме

Пројекат „Солвентност II” дефинисан у Директиви 2009/138/EЗ о оснивању и обављању делатности осигурања и реосигурања, почео је да се примењује 1. јануара 2016. Примена овог пројекта је била праћена тешкоћама од 2012. Осим Директива „Омнибус I” и „Омнибус II”, које су се односиле на усклађивање аката из области финансијских услуга, као и на измене „Солвентности II”, донета је и Делегирана Регулатива 2014. која, садржи правила „Солвентности II”. Овај пројекат, односно, Директива регулише и изрицање мера реорганизације и ликвидациони поступак против осигуравајућих друштава. У раду се поклања пажња правилима реорганизације која се односи на акте надлежних органа (која врше надзор) намењених очувању и успостављању стабилне финансијске ситуације у осигуравајућем друштву. Аутор се осврће и на сличан поступак у законодавству Србије, затим, указује на различитост термина ових института, а и на утицај „Солвентности II” на будуће регулисање осигурања у нашој земљи.

Кључне речи: „Солвентност II”, осигуравајуће друштво, реорганизација, ликвидација, надзор.

I Уводни део

Регулисање надзора над радом осигуравајућих друштава и изрицање мера према тим друштвима од стране државних надлежних органа,

ради одржавања њихове финансијске стабилности, представља једно од најважнијих питања код стварања законског оквира за функционисање тржишта осигурања. То питање је било важно решити и у ЕУ у којој се тржишту осигурања посвећује значајна пажња више од четири деценије, а почетком 2016. године, после више година од дана доношења основног акта, ступио је на снагу један, како се иначе назива, пројекат који је обухватио скоро све аспекте функционисања осигуравајућих друштава. Осигуравајућа друштва обављају делатност коју карактеришу различите специфичности, а успешно и ефикасно обављање те делатности је од значаја и за привредни систем сваке земље. Кад је у питању ЕУ, овим пројектом се желело да се на један јединствени начин обухвате сва важна питања везана за рад осигуравајућих друштава у једном акту. Тај пројекат носи назив „Солвентност II” и он представља садржину Директиве 2009/138/ЕС¹ (даље: „Солвентност II”).

Кад је у питању Србија, материју надзора над радом осигуравајућих друштава, као и изрицање мера према њима регулише Закон о осигурању (даље: ЗО),² док Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање (даље: ЗСЛБО)³ регулише престанак ових субјеката покретањем два наведена поступка.⁴ Законодавство Србије не познаје термин „реорганизација осигуравајућих друштава”, док се под институтом реорганизација правних лица подразумева другачији поступак са другачијим циљем у односу на институт који се користи у „Солвентности II”, а који се регулише стечајним законодавством.

„Солвентност II” регулише и ликвидацију (стечај) осигуравајућих друштава. И овде морамо рећи да наше законодавство не познаје овај термин у смислу у коме се користи у наведеном акту ЕУ. Наиме, ЗСЛБО познаје термин ликвидација осигуравајућих друштава у класичном смислу тог појма.

1 Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), *OJ L 335/1*, 17.12.2009.

2 Закон о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004 – испр., 61/2005, 61/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 101/2007, 63/2009 – одлука УС, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013 и 139/2014 – др. закон.

3 Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање, *Службени гласник РС*, бр. 14/2015.

4 У овом раду нећемо улази у садржину овог Закона коме се може доста тога замерити. То се односи како на чињеницу да се истим законом регулише стечај и ликвидација и банака и осигуравајућих друштава, тако и на решења која се тичу само осигуравајућих друштава.

Но, без обзира да ли је у питању реорганизација или ликвидација осигуравајућих друштава (по „Солвентности II”), морамо рећи да је главни узрок покретања ових поступака, неадекватно управљање ризицима и средствима од стране осигуравајућих друштава. Покретање поступка реорганизације, који може довести до изрицања мера против осигуравајућих друштава, може и не мора бити само знак претеће или постојеће инсолвентности. Управо због тога ћемо и поменути ризике који могу довести до проблема у пословању осигуравајућег друштва: 1) ризици осигурања или технички ризици, који морају указати на износ средстава резерви осигуравајућих друштава, који морају бити довољни за извршавање обавеза и покриће штета или дугова; 2) ризици имовине или ризици, којима су осигуравајућа друштва изложена приликом улагања слободних средстава резерви и којима та друштва морају стално управљати и 3) нетехнички ризици, који су узроковани понашањем управе као што је намерно одређивање нижих премијских стопа, како би се остварио брзи продор на тржиште и преузео већи тржишни удео, што као последицу има мањак средстава за исплату штета и трошкова пословања.⁵

У овом раду ћемо, пре свега, посветити пажњу одредбама „Солвентности II” које регулишу реорганизацију осигуравајућих друштава, али ћемо се, врло кратко, осврнути и на начин регулисања ове материје од стране ЗО. Но, пре тога посветићемо се ранијем акту донетом у оквиру ЕУ, који је регулисао ову област.

II Регулисање реорганизације по Директиви 2001/17/ЕС

Као што је речено, пројекат „Солвентност II” је, коначно, почео да се примењује 1. јануара 2016. године. Разлог што је дуго одлагана примена овог пројекта је спремност, односно, неспремност, осигуравајућих друштава у ЕУ да примењују њене одредбе. То се односи и на реорганизацију и ликвидацију осигуравајућих друштава, што је раније било регулисано Директивом 2001/17/ЕС.⁶ Морамо да посветимо пажњу појединим одредбама Директиве 2001/17/ЕС које се односе, пре свега, на реорганизацију, а кратко ћемо се осврнути и на начин регулисања ликвидације у овом акту. Иначе, као и „Солвентност II”, Директива 2001/17/ЕС уређује

5 Лидија Јауковић, Владимир Кашћелан, Нова регулатива солвентности осигуравајућих компанија у ЕУ – пројекат Солвентност II, 2007, доступно на адреси: http://www.repec.mnje.com/mje/2007/v03-n05/mje_2007_v03-n05-a14.pdf, 1.04.2016, 77.

6 Directive 2001/17/EC of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001 on the re-organisation and winding-up of insurance undertakings, OJ L 110, 20/04/2001, p. 0028–0039.

питања статуса поверилаца са пребивалиштем или седиштем у земљама чланицама ЕУ. Она се примењује и на филијале осигуравајућих друштава у земљама чланицама. По одредбама Директиве 2001/17/ЕС, филијала је дефинисана као правно лице, тј., она обавља делатност по праву државе, која је и дала дозволу за рад филијали. Овим актом су предвиђена два начина намирења потраживања. Први начин је дефинисан у односу на имовину, а други у односу на повериоце. Директива 2001/17/ЕС уређује и статус стране одлуке о ликвидацији (стечају). Она се односи на отварање овог поступка и Директива 2001/17/ЕС предвиђа њено пуно дејство на територијама других земаља чланица. Основно правило кад је у питању вођење поступака по Директиви је *lex fori*, што значи да ће се примењивати право земље где се питање поставља, односно, где се води поступак.

Код Директиве 2001/17/ЕС, као и, наравно, код „Солвентности II”, реорганизација се односи на скуп мера које предузима овлашћено административно или судско тело, како би осигуравајуће друштво наставило да ради. Значи, и овде се ради о наставку рада, али је другачији субјект који дефинише наведене мере. Једино судски или административни орган може донети одлуку о наведеном. Реорганизација не спречава вођење ликвидационог (стечајног, због термина у наведеним актима) поступка против осигуравајућег друштва. Предузете мере реорганизације, односно, одлука о поступку реорганизације ће имати дејство су свим земљама чланицама, без испуњења посебних услова. Директива 2001/17/ЕС предвиђа и надзор над спровођењем мера реорганизације, а за то је предвиђен посебни орган. Надзорни орган мора бити редовно обавештаван од стране органа који је донео одлуку о мерама реорганизације о свим одлукама о спровођењу тих мера. Исто тако, Директива 2001/17/ЕС одређује обавезу надзорног органа да обавештава надзорне органе у другим земљама чланицама, у којима реорганизација производи одређена дејства. У сваком случају, орган који доноси одлуку о покретању поступка реорганизације, мора да, приликом процене и дефинисања мера реорганизације, води рачуна о посебностима делатности осигурања.⁷

Директива 2001/17/ЕС предвиђа и нека заједничка правила за реорганизацију и ликвидацију. Та правила се односе на одређивање меродавног права за уговоре о раду и радне односе. Наиме, Директива 2001/17/ЕС предвиђа да ће се применити право по *lex fori*. Овде можемо да ставимо примедбу. Наиме, право земље, где се поставља питање, мо-

7 Владимир Чоловић, „Директива 2001/17/ЕУ о реорганизацији и ликвидацији осигуравајућих друштава”, *Право осигурања у транзицији*, Зборник радова, Палић, 2003, 50.

же, а и не мора да буде место где се рад обавља или где се рад обављао. Упутније је применити право по *lex loci laboris* – право места рада, због заштите запослених. Следеће правило се односи на прекид поступка, које ће се регулисати по праву земље суда у којој се води тај поступак. Затим, ако повериоци имају основ потраживања у покретним или непокретним стварима, тада реорганизација и стечајни (ликвидациони) поступак неће утицати на та права поверилаца. Ти поступци неће утицати ни на право поверилаца на пребијање потраживања. Орган који је донео одлуку о покретању поступка реорганизације или ликвидационог поступка, доноси одлуку и о именовању управника (администратора) у овим поступцима. Управници, односно, администратори морају да докажу своје својство, ако желе да поступају у другој земљи чланици.⁸

III Директива „Солвентност II”

Већ је речено да је примена пројекта „Солвентност II”, од доношења саме Директиве 2009/138/ЕС, била праћена тешкоћама. Често је долазило до измена код одређивања почетка његове примене. Прво је било предвиђено да се почне са применом овог пројекта у новембру 2012. године. Тада је усвојена Прва Директива Омнибус (24.11.2012), којом се 11 постојећих Директива из подручја финансијских услуга ускладило са прописима који уређују рад новонасталих европских регулатора, а пре свега, то се односи на надзорни орган ЕИОПА.⁹ Касније је израђена Директива „Омнибус II”¹⁰ (која је усвојена 16. априла 2014) која мења Директиву која дефинише „Солвентност II”. Измене Директиве „Солвентност II” укључују и одредбе према којима ЕИОПА преузима специфичне обавезе. Но, прво је урађен предлог, а на Директиву „Омнибус II” се чекало, као што видимо. ЕИОПА је, по тим одредбама, дужна да осигура примену хармонизованих техничких приступа код обрачуна потребног солвентног капитала. Тада се померио датум примене пројекат „Солвентност II” на почетак 2013. Но, није се ни тада почело са применом овог пројекта, већ је Европска Комисија усвојила Делегирану Регулативу 10. октобра 2014,¹¹ која садржи пра-

8 В. Чоловић, 53–54.

9 ЕИОПА је део Европског система за финансијски надзор који се састоји од три европска надзорна органа. То је независно саветодавно тело Европског парламента, Савета Европске уније и Европске комисије.

10 Directive 2014/51/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 (the so-called „Omnibus II Directive”), OJ L 153, 22.5.2014.

11 Delegated Regulation (Commission Delegated Regulation (EU) 2015/35 of 10 October 2014 supplementing Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council on the

вила „Солвентности II”. У марту 2015. године, Европска Комисија усваја први сет правила „Солвентности II” којима се дефинишу технички стандарди за поједине моделе управљања ризиком. ЕИОПА објављује 2015. године два дела Водича за „Солвентност II”.

Иначе, „Солвентност II” полази од основних принципа пословања осигуравајућих друштава. По одредбама тог акта, осигуравајуће друштво мора да процени колики износ капитала би био потребан да би се одржавала солвентност и да би се извршавале обавезе. Следеће, мора се обезбедити и тзв. квалитативни аспект, што се односи на рад органа друштва, а посебно на контролу надзорних органа. Квалитативни аспект је и најбитнији, имајући у виду да је потребан стручан кадар, као и редовна контрола рада органа друштва, како би се обезбедило несметано вршење делатности у једном дужем временском периоду. Овде је веома битно истаћи и одговорност чланова управе осигуравајућег друштва. Чињеница је да обезбеђење капитала није довољно, потребно је и квалитетно управљање тим новцем, као и другим средствима.¹² Обзиром да је рад осигуравајућег друштва од значаја за целу државу, потребно је обезбедити доступност информација јавности о раду тог друштва. Кад говоримо о информацијама, мислимо и на финансијске извештаје, који морају бити базирани на тржишно оријентисаним проценама капитала. Наравно, наведено је битно и за акционаре осигуравајућег друштва.¹³ Значи, за правилну примену „Солвентности II” битно је обрачунати минимални захтевани капитал, као и захтевани солвентни капитал, са једне стране, а са друге стране, битно је проценити и одредити све ризике које једно осигуравајуће друштво може осигурати. Тиме износ капитала одређује и ризик осигурања, као и ризик пословања, ризик тржишта, као и ризик ликвидности, односно, могућности извршавања обавеза.¹⁴

IV Мере реорганизације по „Солвентности II”

Одредбе „Солвентности II” о мерама реорганизације и поступцима ликвидације се односе на осигуравајућа друштва земаља чланица, као

taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) , OJ L 12, 17.1.2015.

12 Л. Јауковић, В. Кашћелан, 82.

13 *Ibid.*

14 Јанез Комељ, Јошт Долничар, „Изазови и могућности у осигурању и реосигурању са нагласком на Солвентност II”, презентација, 18. сусрет осигуравача и реосигуравача СОРС, Сарајево, 2007, сл. 11.

и на филијале осигуравајућих друштава из трећих земаља које врше делатност на територији ЕУ. Одредбама „Солвентности II” се дефинишу и неки термини који су у вези са спровођењем мера реорганизације. Наиме, под надлежним органима „Солвентност II” подразумева управне или судске органе држава чланица који су надлежни за спровођење мера реорганизације. Под филијалом осигуравајућег друштва подразумева се трајна присутност осигуравајућег друштва на територији државе чланице која није матична држава чланица и која обавља делатност осигурања. Под мерама реорганизације подразумева се било које деловање надлежних органа које је намењено очувању или поновном успостављању стабилне финансијске ситуације у осигуравајућем друштву. Наведено се односи на претходна права и односи се и на мере које подразумевају могућност обуставе плаћања, одлагање мера спровођења, као и смањење потраживања.¹⁵

По одредбама „Солвентности II” само надлежни органи матичне државе чланице имају право да донесу одлуку о мерама реорганизације у односу на осигуравајуће друштво, а што има дејства и на филијале тог друштва. Мере реорганизације не искључују покретање поступка ликвидације против тог друштва, који се, такође, покреће одлуком надлежних органа матичне државе чланице. То значи да се истовремено могу водити ови поступци. На одређивање мера реорганизације примењују се прописи матичне државе чланице. Мере реорганизације, одређене по прописима матичне државе чланице, имају дејство на територији целе ЕУ, без спровођења других формалности, а што се односи и на странке у другим државама чланицама, па чак и у случајевима, када прописи тих држава не познају такве мере реорганизације, односно, кад су за њихово спровођење предвиђени услови, који, у конкретном случају, нису испуњени. Овде се може поставити питање поштовања јавног поретка, као и ситуације када законодавство једне земље чланице не познаје институт који чини садржине мере реорганизације. Оног тренутка кад дејства мера реорганизације наступе у матичној држави чланици, та дејства наступају и у другим чланицама.¹⁶

„Солвентност II” одређује да би било пожељно да надлежни органи матичне државе чланице обавесте надзорне органе те државе о одлуци о спровођењу мера реорганизације, још пре доношења исте, а, ако то није могуће, онда одмах након доношења те одлуке. Са друге стране, над-

15 Чл. 268.

16 Чл. 269.

зорни органи матичне државе чланице хитно обавештавају надзорне органе других држава чланица о наведеној одлуци, као и о могућим дејствима те одлуке, односно, дефинисаних мера реорганизације.¹⁷

Када је у матичној држави могуће поднети приговор или тужбу против мера реорганизације, тада ће надлежни органи матичне државе, управник, као и било које друго лице, које је овлашћено, бити у обавези да јавно огласе одлуку о наведеним мерама, у складу са прописима о јавном оглашавању оваквих одлука. Исто тако, постојаће обавеза да се изрека одлуке о изрицању мера реорганизације објави и у Службеном листу ЕУ. Надлежни органи других држава чланица ће имати обавезу објављивања ове одлуке по правилима тих држава чланица. Из овога произлази да ће се оглас објавити и у свим државама чланицама који су, на било који начин, повезани са осигуравајућем друштвом против кога је изречена наведена мера. Обавештење које се објављује мора да садржи назив надлежног органа матичне државе, затим законодавство које се примењивало приликом доношења те одлуке о мерама реорганизације, као и име управника, ако је он именован. Мере реорганизације имају дејства према повериоцима, осим ако надлежни органи одлуче другачије, односно, ако законодавства тих земаља не прописују другачије. Ако се мере реорганизације односе искључиво на акционаре, чланове друштва или запослене у том друштву, онда се све наведено не примењује.¹⁸ Уколико је по законодавству државе чланице обавезно пријављивање потраживања (да би оно било признато или се предвиђа обавезно обавештавање повериоца, чије је уобичајено боравиште, односно, пореска резидентност (седиште) у тој држави, о мерама реорганизације), тада надлежни органи матичне државе или управник, исто тако, обавештавају познате повериоце чије је уобичајено боравиште, односно, пореска резидентност (седиште) у другој држави чланица. Ако законодавство матичне државе чланице предвиђа право повериоца које има или уобичајено боравиште или седиште (по критеријуму пријаве и плаћања пореза) да пријаве потраживања или да образложе ту пријаву, тада ће повериоци који у другој држави чланица имају уобичајено боравиште или седиште по наведеном критеријуму, имати исто право.¹⁹

Ако се осврнемо на садржину наведених одредаба „Солвентности II”, можемо да закључимо да се не ради о класичној реорганизацији која

17 Чл. 270.

18 Чл. 271.

19 Чл. 272.

се спроводи са циљем да дужник настави са радом. Овде имамо надлежни државни орган, који врши надзор и који у, законом предвиђеним случајевима, предузима мере, како би осигуравајуће друштво очувало финансијску стабилност и наставило са радом. Такође, могућност пријаве потраживања говори да ће се, услед насталих тешкоћа, намиривати повериоци, што говори да се ради и о заштити тих лица, уз предузимање мера за „оздрављење” друштва. У сваком случају у одредбама „Солвентности II” регулишу се општа питања везана за реорганизацију уз узимање у обзир специфичности регулисања ове области у државама чланицама. Обзиром на начин пословања осигуравајућих друштава у ЕУ (о чему нећемо говорити у овом раду) веома је значајно уједначавање основних правила како би мере реорганизације биле ефикасне.

1. Заједничке одредбе „Солвентности II” за мере реорганизације и ликвидацију

Као и Директива 2001/17/ЕС, тако и „Солвентност II” садржи заједничке одредбе за изрицање мера реорганизације и поступак ликвидације, а које се односе на поједина дејства на уговоре и права, стварна права трећих лица, придржај права власништва, пребијање, итд. Поменућемо неке од тих одредаба.

Обзиром на дејство, на уговоре о раду ће се примењивати искључиво правила која се, иначе, примењују на ове уговоре. Ово је можда боље решење у односу на одредбу Директиве 2001/17/ЕС, али ствара одређену несигурност, имајући у виду дејства ових уговора. Кад су у питању уговори који се односе на право употребе или стицање непокретности, примењиваће се право места налажења непокретности. Ако се ради о праву осигуравајућег друштва у вези са непокретностима, бродом или ваздухопловом, примениће се право земље у којој се налази јавни регистар, обзиром на постојање обавезе уписа у судски регистар наведених ствари.²⁰ Ова правила су општа, која се иначе примењују у случајевима са елементом иностраности.

Изрицање мера реорганизације не утиче на стварно право поверилаца или трећих лица на материјалној и нематеријалној имовини, као и на покретним и непокретним стварима (која се морају тачно одредити), односно, ако се ради о више делова једне групе неодређене имовине, која припадају осигуравајућем друштву и која се у тренутку изрицања ме-

²⁰ Чл. 285.

ра реорганизације налазе на територији друге државе чланице.²¹ Изрицање мере реорганизације не утиче на права поверилаца да пребију своје потраживање са потраживањем осигуравајућег друштва, ако је наведено допуштено по меродавном праву које се примењује у вези са потраживањем осигуравајућег друштва.²² Затим, дејства изрицања мере реорганизације не утичу на права и обавезе странака које он имају на тржишту осигурања и на та права и обавезе ће се применити прописи који важе на том тржишту осигурања.²³

Кад је у питању заштита права купаца који су трећа лица, након изрицања мере реорганизације, меродавно право које ће се примењивати одређује се по следећим критеријумима: 1) ако се ради о намирењу продајом непокретности, меродавно право ће се одредити по месту њиховог налажења, 2) уколико се ради о бродовима и ваздухопловима који се уписују у јавни регистар, меродавно право ће се одредити по месту уписа у тај регистар, 3) најзад, ако се ради о преносивим и другим хартијама од вредности, чије постојање или пренос захтева упис, меродавно право ће се одредити по месту уписа тих хартија од вредности.²⁴ Ако се ради о дејству изрицања мера реорганизације на парнице које су у току, меродавно право ће се одредити по праву државе чланице у којој се води та парница.²⁵ Овде се, такође, ради о општим правилима за одређивање меродавног права.

Управник, као и било који други орган, који је пуноважно овлашћен у матичној држави чланици може да захтева да се изрицање мера реорганизације упише у јавни регистар који је за то предвиђен по прописима те државе. Ако се ради о обавези наведеног уписа по прописима наведене државе, тада ће управник, као и било који други овлашћен орган, предузети све мере како би био извршен упис мера реорганизације.²⁶ Овде разликујемо процену управника да изврши наведени упис, односно, његово овлашћење да то учини и ситуацију, када држава чланица прописује обавезност уписа те чињенице.

Може се десити да осигуравајуће друштво из треће земље има своје филијале у државама чланицама. Тада ће се свака филијала третирати

21 Чл. 286 ст. 1.

22 Чл. 288 ст. 1.

23 Чл. 289 ст. 1.

24 Чл. 291.

25 Чл. 292.

26 Чл. 294 ст. 1.

посебно. У вези са тим, надзорни органи тих држава морају да ускладе своје активности. Исто се односи и на управнике, као и било које друге овлашћене органе у овим поступцима.²⁷ Иако се ради о филијалама као деловима осигуравајућег друштва, сматраће се да свака од њих представља посебан правни субјект. Но, чињеница је да ће финансијска нестабилност, неадекватно располагање средствима, као и непоштовање правила пословања од стране матичног осигуравајућег друштва увек утицати и на филијале. Због тога је неопходна сарадња надзорних органа земаља чланица.

V Надзор над радом осигуравајућих друштава и мере Народне банке Србије

Као што смо рекли, у српском законодавству термин реорганизација се користи за другачији поступак. Надзор над радом осигуравајућих друштава, као и мере које се, приликом вршења надзора изричу, регулишу се одредбама ЗО. У Србији, надзор над пословањем осигуравајућих друштава врши Народна банка Србије. Поменућемо мере које Народна банка може да изрекне осигуравајућим друштвима: 1) отклањање незаконитости и неправилности; 2) одређивање мера због непоступања у складу са правилима о управљању ризиком; 3) одређивање да се изврши пренос портфеља осигурања на друго осигуравајуће друштво; 4) преузимање контроле над пословањем друштва; 5) одузимање дозволе за обављање појединих или свих послова осигурања за које је издата дозвола; 6) одређивање привремених мера; 7) предлагање мера према члановима управе, члановима надзорног одбора, лицима са посебним овлашћењима и квалификованим имаоцима у друштву.²⁸

Ефикасност контроле, односно, надзора је обезбеђена од стране Народне скупштине Републике Србије, обзиром да она контролише рад Народне банке Србије.²⁹ Народна банка Србије сарађује са другим надзорним органима у земљи и иностранству и обавља и друге послове прописане овим и другим законом. Сарадња Народне банке Србије са другим надзорним органима у иностранству била би јаснија, када би страна

27 Чл. 296.

28 ЗО, чл. 161.

29 Боса Ненадић, „Овлашћење државних органа у поступку оснивања друштва за осигурање у упоредном праву, с посебним освртом на овлашћења Народне банке Србије”, *Осигурање у сусрет процесу придруживања Србије и Црне Горе Европској Унији*, Зборник радова, Палић, 2006, 277.

осигуравајућа друштва могла обављати делатност осигурања на нашој територији, било директно, било преко филијала.

Ако се осврнемо на наведене мере које према осигуравајућем друштву може да изрекне Народна банка Србије, видимо да се ради о последицама надзора над пословањем друштва, а не о поступку реорганизације, иако је заједничко и за један и за други институт очување осигуравајућег друштва и заштита поверилаца.

1. Надзор над радом осигуравајућих друштава у другим земљама

Кад говоримо о реорганизацији осигуравајућих друштава, на начин како је дефинисана у „Солвентности II”, морамо имати у виду да су надлежни органи у државама чланицама, у ствари, органи који врше надзор над радом тих друштава. Кратко ћемо се осврнути на неке од њих у земљама чланицама.

У скандинавским земљама постоји интегрисан надзор, због добро развијеног финансијског сектора. Надзор обавља Агенција за осигурање, а Министарство финансија посредно контролише њихов рад. Но, Финска је једина која нема јединствен надзор. Разлог лежи у веома битној улози осигурања, а то је обављање послова обавезног здравственог и социјалног осигурања У Финској, надзор врши Министарство за здравље и социјална питања.³⁰ Са друге стране, у Белгији, надзор обавља Биро за интегрисани надзор и Комисија за осигурање.³¹ Надзор у Француској врше Комисија за контролу осигурања Комисија за организацију осигурања.³² У другим земљама је присутан традиционални концепт надзора у осигурању. Углавном, надзор врши Министарство финансија, Централна банка (ретки случајеви) или Агенције за осигурање. У Бугарској надзор обавља Управа за надзор која доноси одлуке везане за пословање осигуравајућих друштава и Национални савет осигурања, који даје и одузима дозволе за рад осигуравајућим друштвима. У Чешкој, надзор врши Министарство финансија. У Словенији надзор обавља Агенција за осигурање.³³ У другим земљама је следећа ситуација: 1. Кипар – надзорник над радом осигуравајућих друштава; 2. Естонија – Биро за финансијски надзор; 3. Мађарска – Биро за финансијски надзор; 4. Пољска – Надзорна комисија

30 Младенка Балабан, „Надзор у осигурању”, сл.12, доступно на адреси: http://www.swot.ba/dokumenti/pdf_20090717105911.pdf, 3.04.2016.

31 *Ibid.*

32 М. Балабан, сл. 13.

33 М. Балабан, сл. 14 и 15.

за осигурање и пензионе фондове; 5. Словачка – Биро за финансијско тржиште; 6. Румунија - Надзорна комисија за осигурање.³⁴

VI Утицај одредаба „Солвентност II” о реорганизацији на законодавства земаља нечланица

Да ли ће „Солвентност II” имати утицаја и на тржиште осигурања у нашој и другим земљама региона које нису чланице ЕУ? Сигурно је да ће имати дејство, пре свега, због преузимања одређених правила Директиве која регулише наведени пројекат, затим, преко припрема за евентуални улазак у ЕУ, као и преко иностраних осигуравајућих друштава било да се ради о осигуравачима или реосигуравачима.³⁵ Но, „Солвентност II” се примењује на осигуравајућа друштва са великим капиталом, односно, портфељом, а у земљама региона не постоје привредни субјекти и осигуравајућа друштва са великим капиталом и прометом, ако величину привредних субјеката посматрамо са становишта богатијих земаља у свету. Гледано дугорочно, таква ситуација ће се задржати веома дуго. Оно што представља реалност, јесте да ће се и привредни субјекти и осигуравајућа друштва удруживати, како би се смањила опасност од ризика и како би се лакше „покрио” ризик.³⁶ Опште правило је да је добра процена ризика основни услов за добро функционисање осигурања. Увек морамо имати на уму да је боље осигурати пуно малих ризика, него мали број великих ризика.

Што се тиче Србије, сигурно је да ће законодавство које регулише осигурање уопште, а посебно део тог законодавства који регулише надзор и престанак осигуравајућих друштава морати да се постепено усклађује са правом ЕУ у овој области, имајући у виду статус наше земље према ЕУ. Но, мора се водити рачуна и о начину регулисања ове материје. Поједини институти наведени у „Солвентности II” имају различито значење од онога које је прихваћено у нашем праву. О томе, свакако, треба водити рачуна. Но, ако, већ, говоримо о усклађивању нашег права са правом ЕУ, морамо водити рачуна о и различитим нивоима тог усклађивања. Ти нивои дозвољавају додатно регулисање, затим, виши ниво заштите, као и строго преузимање одредаба права ЕУ без прописивања нижих

34 Фрањо Штиблар, „Нормативно уређење хрватског осигурања у компарацији с другим еуропским земљама”, сл. 9, доступно на адреси : <http://hgk.biznet.hr/hgk/fileovi/4279.ppt#266>.

35 Ј. Комељ, Ј. Долничар, сл. 36.

36 Ј. Комељ, Ј. Долничар, сл. 47.

и виших мера заштите у односу на право ЕУ, у зависности о којој области се ради.³⁷

VII Закључак

Да би се избегле мере реорганизације, као и покретање поступка ликвидације, битно је да осигуравајућа друштва земаља чланица поштују нека од основних правила које дефинише овај акт, а која се односе на следеће: 1) обавезно планирање обима потребног капитала и резервисања истог од стране управе осигуравајућег друштва; 2) дефинисање потребне премије и садржаја производа осигурања (врсте осигурања); 3) пренос ризика (зависи од бонитета друштва, врсте осигурања, суме осигурања, итд.); 4) повезивање осигуравајућих друштава; 5) организовање структуре осигуравајућег друштва; 6) прегледност пословања. Мора се истаћи и важност улоге државних надзорних органа. Кад говоримо о утицају „Солвентности II” на производе осигурања, тај утицај ће допринети ограничењу појединих покрића, скупљој премији појединих производа, преношењу ризика на осигураника, одбијању покрића за поједине ризике.³⁸

Што се тиче регулисања реорганизације осигуравајућих друштава, један од проблема који је везан за примену одредаба о мерама реорганизације односи се и на неусклађеност националних законодавстава. Због тога би било пожељно да се у оквиру самих држава обезбеди узајамно признање одлука о мерама реорганизације, имајући у виду неопходност универзалности и усклађености ових мера.³⁹ Мере реорганизације које су изречене на територији државе чланице од стране надлежног овлашћеног органа и које имају за циљ очување финансијске стабилности осигуравајућих друштава, морају имати дејство на територији свих држава чланице. Но, то не би смело да утиче на дејства мера реорганизације у односу на треће земље.⁴⁰

Основни циљ дефинисања одредаба о реорганизацији осигуравајућих друштава по „Солвентности II” је јединствено регулисање. Међутим, саме мере реорганизације према осигуравајућим друштвима су оста-

37 Младенка Гргић, „Хармонизација прописа из подручја осигурања и реосигурања путем правног оквира Солвентност II”, *Загребачка правна ревија*, бр. 2/2013, 166.

38 David Buckham, Jason Wahl, Stuart Rose, *Executive's Guide to Solvency II*, Wiley, New Jersey, 2011, 2.

39 „Солвентности II”, преамбула 18.

40 „Солвентности II”, преамбула 19.

ле у надлежности држава чланица. Питање трећих земаља – нечланица је, такође, остало нерегулисано.

Vladimir ČOLOVIĆ, PhD

Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

REORGANIZATION OF INSURANCE COMPANIES BY THE DIRECTIVE „SOLVENCY II”

Summary

The project „Solvency II” is defined in Directive 2009/138/EC on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance and began to be implemented on 1 January 2016. The implementation of this project was accompanied by difficulties since 2012. Except the Directives „Omnibus I” and „Omnibus II”, referring to the harmonization of acts in the field of financial services, as well as the changes „Solvency II”, in 2014. was adopted the Delegated Regulation, which contains the rules of „Solvency II”. This project, ie., the Directive regulates the imposition of measures of reorganization and liquidation proceedings against the insurance companies. The paper pays attention to the rules of reorganization relating to acts of the competent authority (supervision control) aimed at preserving and establishing a stable financial situation in the insurance company. The author analyzes a similar procedure in the legislation of Serbia, then, points to the diversity of the terms of these institutes, and to the influence of the „Solvency II” on the future regulation of insurance in our country.

Key words: „Solvency II”, insurance company, reorganization, liquidation, supervision.

др *Наташа* ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА УСЛУГА ОСИГУРАЊА И ИНФОРМАЦИОНА ПАРАДИГМА

– Одлука Народне банке Србије о заштити права и интереса
корисника услуга осигурања – *

Резиме

Заштита потрошача услуга осигурања, као тема која све више добија на значају и у нашем праву, без сумње се највише односи на пружање одређених информација уговарачу осигурања пре закључења или за време важења уговора. Након увођења наведене дужности Законом о осигурању, Народна банка Србије донела је Одлуку о начину заштите права и интереса корисника услуга осигурања, којом је прецизирала садржину дужности информисања. Пошто је теоријски обрадила право потрошача на информисање, ауторка разматра садржину Одлуке. Према мишљењу надзорног тела израженом у Одлуци најзначајнији део права на информисање представља обавештење потрошача услуга осигурања о праву на приговор. Ауторка се не слаже са оваквим приступом, сматрајући да постоји низ других, једнако значајних, информација са становишта заштите права потрошача на информисану одлуку. У раду су анализиране две врсте приговора: приговор који се подноси против пружаоца услуге осигурања (осигуравача, посредника или заступника осигурања) и приговор који се подноси Народној банци Србије. Анализом услова за изјављивање, садржине приговора, обавеза потрошача у вези са изјављивањем, а посебно рокова у којима се о њима мора одлучити, ауторка закључује да регулаторни оквир није довољно подстицајан за коришћење приговора као начина вансудског решавања спорова из осигурања. Будући да је Одлуком уређено и посредовање у решавању спорова из осигурања, ауторка се критички изјашњава према начину на који је подзаконским актом регу-

* Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту „Идентитетски преображај Србије” Правног факултета Универзитета у Београду (2016).

лисан овај упоредноправно значајан метод растерећења судског апарата. Ауторки не подржава концентрацију огромне моћи у рукама Народне банке Србије, посебно надлежности у вези са институтима који могу остварити значајан учинак на превенцију или смањење спорова из осигурања. Будући да се већ годинама залаже за увођење алтернативних метода решавања спорова из осигурања, на начин којим се уважавају све специфичности посла осигурања и потрошача услуга осигурања, ауторка сматра да је овај задатак морао бити поверен некој другој институцији, а не Народној банци Србије.

Кључне речи: осигурање, информисање, заштита потрошача, осигуравач, Народна банка Србије, посредовање, приговор.

І О праву на информисаност потрошача услуга осигурања

Дужност информисања уговарача осигурањем, односно осигураника је предмет посебне регулативе, која је прилагођена специфичности-ма уговора о осигурању и потрошача услуга осигурања.¹

Дужност информисања² односи се на давање тачно одређених информација осигуравача, посредника и заступника осигурања уговарачу осигурања пре него што донесе одлуку да закључи одређени уговор о осигурању, приликом обнове полисе осигурања, као и у току важења уговора о осигурања.³ Обично се ради о три групе информација: 1) везаним за статусна обележја осигуравача, заступника и посредника осигурања; 2)

1 Она је израз начела поступања у доброј вери. Уговор о осигурању је, заправо, поред алеаторног карактера, најпрепознатљивији управо по дужности информисања осигуравача и уговарача осигурања. Не постоји ни један други именовани уговор где постоји идентична обавеза давања информација. Вид. А. Malcom Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, London, 1994, 549.

2 Поред термина за који смо се определили – дужност информисања – у упоредном праву се скоро поједнако користи и термин дужност обавештавања. Будући да се ради о појмовима који имају исто или слично значење у већини анализираних правних система (нем. *Auskunfts-, Informations-, Informationsschutzpflicht*; фран. *obligation d'information, obligation de renseigner-mants*), сматрамо да се овим „терминолошким плурализмом” уопште не треба оптерећивати. Вид. Ана Кеглевић, *Грађанскоправни аспекти обвезе обавештавања код потрошачког уговора о осигурању*, докторски рад, Правни факултет Универзитета у Загребу, Загреб, 2012, 8–9; Наташа Петровић Томић, „Информисање корисника услуга осигурања у немачком праву”, *Токови осигурања, Часопис за теорију и праксу осигурања*, бр. 4/2015, 5–18.

3 Обавезу информисања осигураника има и заступник осигурања, који послове осигурања обавља у име и за рачун осигуравача. Ово је потребно нагласити зато што се заступник изричито не помиње у директивама. Ако не изврши поменуту дужност, заступник је одговоран за штету коју уговарач осигурања трпи због неиспуњења дужности информисања.

обележја саме трансакције осигурања и 3) начин решавања спорова.⁴ *Ratio* давања бројних информација у предуговорној фази је отклањање информационе асиметрије⁵ на страни потрошача услуга осигурања.⁶ Тиме се ствара регулаторни оквир заштите потрошача услуга осигурања, који почива на транспарентности поступка закључења уговора о осигурању, који поседују обележја потрошачких уговора.⁷ Обавезу информисања уговарача осигурања од стране осигуравача (која служи заштити интереса потрошача услуга осигурања)⁸ треба разликовати од обавезе уговарача осигурања да осигуравачу открије све околности од значаја за оцену ри-

-
- 4 Ana Keglević, „Pre-contractual Information Duty and Unfair Contract Terms – Open questions and dilemmas – ” *Insurer’s Precontractual Information Duty*, Turkish Chapter of AIDA, Istanbul, 2013, 79.
- 5 Детаљније о феномену информационе асиметрије из угла уговора о осигурању: Pierre-André Chiappori, Bernard Salarié, „Asymmetric Information in Insurance Markets: Predictions and Tests”, Georges Dionne (ed.), *Handbook of Insurance*, 2nd edition, The Geneva Association, Springer, Montreal, 2013, 397–422.
- 6 Заправо, кључна су два циља која се постижу увођењем дужности информисања. Прво, транспарентност и доступност свих података значајних за доношење информисане одлуке. Друго, обезбеђење сигурности за обе стране. Осигураник је заштићен од потенцијалног прикривања значајних информација од стране осигуравача, а осигуравач од подношења приговора осигураника због тобожњег непознавања појединих елемената уговора (Вид. *Was bringt die Reform des Versicherungsrechts für die Verbraucher?*, Abt. Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung, Nr. 5/2006, 6; А. Кеглевић (2012), 164–165. Међутим, има аутора који указују на границе (и ограничења) дужности информисања. Тако *Luc Mauxoux* поставља два лимита доброг информисања: квантитативни и квалитативни. Што се тиче квантитета, овај аутор упозорава да се не може све рећи уговарачу осигурања у првом тренутку, односно одједном. Његове могућности обраде информација су ограничене. Затим, пружене информације треба да се уклапају у захтев прецизности и концизности. Само информација која испуњава оба услова може заиста послужити уговарачу осигурања (Вид. *Luc Mauxoux*, „Rapport introductif”, Colloque „L’information de l’assuré, insuffisance ou trop plein”, *RGDA*, No 4/2007, 457–458). Професор *Jean Bigot* каже да добра информација мора поседовати следећа обележја: концизна, прецизна, јасна, стална и тачна (*Jean Bigot*, „Rapport de synthèse”, Colloque „L’information de l’assuré, insuffisance ou trop plein”, *RGDA*, No 4/2007, 518).
- 7 Тиме се на уговор о осигурању примењује принцип *cognoscat emptor* (нека купац зна). Тако и *Angelo Borselli*, „*Cognoscat emptor*: о обавези осигуравача на давање информација потенцијалном осигуранику у Европи”, *Ревизија за право осигурања*, бр. 2/2012, 46.
- 8 Увођење законске дужности информисања повезано је са тзв. *информационим моделом заштите потрошача*, према коме је информација кључ заштите потрошача. Заправо, у теорији се наводе три групе података нарочито значајних за потрошача: 1) подаци о квалитету и сигурности роба или услуга; 2) о цени роба или услуга и 3) о начину решавања спорова. Вид. *Thierry Bourgoignie*, *European Consumer Law – Prospects for Integration of Consumer Law and Policy within the European Community*, 1982, 24.

зика (омогућава осигуравачу адекватну процену ризика).⁹ Заједничко обема је да имају основ у начелу савесности и принципу сарадње као његовој конкретизацији.¹⁰

Осигуравач, посредник или заступник осигурања на овај начин снабдевају потрошача улуга осигурања подацима до којих би сам могао доћи да се не сматра слабијом уговорном страном.¹¹ Пошто због своје неукости и недовољне информисаности не може донети „информисану” тј. правнообавезујућу одлуку – која му не иде на штету – правни поредак обавезује јачу страну – осигуравача, посредника или заступника осигурања – да му достави све те информације.¹² Наравно, иста дужност постоји

-
- 9 Док је увођење дужности осигуравача да информише потрошача услуга осигурања потпуна новина у развоју уговорног права осигурања, обавезе уговарача да пријави околности од значаја за оцену ризика је одувек постојала. Детаљније: Roland Michael Beckmann, Annemarie Matusche-BECKMANN, *VersicherungsHandbuch*, Verlag C. H. Beck, München 2009, 915.
- 10 Дужност информисања има врло изражену моралну компоненту. Морал је основ дужности информисања *lato sensu*. Обавеза информисања у ширем смислу произлази из начела савесности и поштења у уговорним односима. Оно представља морално оправдање увођења предуговорне и уговорне дужности информисања. Али, ово начело је сувише апстрактно да би само и без конкретизације могло пружити основ обавези информисања. Развој уговорног права довео је до појаве једног другог принципа, који чини основ не само обавезе информисања, већ и обавезе саветовања. То је принцип сарадње (фран. *le principe de coopération*). Овај принцип, повезан са принципом солидарности, претпоставља „уговорни свет у коме владају дијалог, сарадња и међусобна помоћ”. Принцип сарадње почива на идеји да је уговор заједница интереса сауговарача. Овај принцип обавезује осигуравача на лојално понашање према свом сауговорнику и саопштавање свих информација које му могу бити значајне за доношење одлуке о закључењу уговора или извршењу. Потребна за уважавањем принципа сарадње утолико је израженија што је уговор о осигурању уговор максимално добре вере. Тако и Hichem Khoury, *L'Information et le Conseil dus au Preneur d'Assurance*, Collection de l'Institut de Droit des Assurances, Press Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2011, 19–21.
- 11 Заправо, под утицајем права заштите потрошача ранији принцип о томе да је свако дужан да се информише о ономе што утиче на његове интересе уступа место принципу информисања потрошача од стране професионалца. Потрошач ће бити у стању да заштити своје интересе само ако га професионалац правовремено снабде свим информацијама од значаја за намеравани правни посао. Вид. Miodrag Mićović, „Protection Rules in the Function of Extended Formation of Consumer Contracts“, *Strengthening Consumer Protection in Serbia*, Liber Amicorum Светислав Табароши, Thierry Bourgoignie, Татјана Јованић (ур.), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 143; Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд 1993, 30–31.
- 12 Појам дужност (обавеза) информисања указује на обавезу понашања у смислу позитивног деловања (пружања информација), а не само на препоруку одређеног понашања. Обавези једне стране одговара право друге стране да захтева испуњење обавезе. Пошто је реч о законској обавези, страна на чији терет је установљена не може једнострано одлучити да је не испуни. Тако А. Кеглевић (2012), 19–21.

за све време важења уговора о осигурању. Али, највећи број спорова везаних за неиспуњење дужности информисања резултат је пропуста осигуравача у предуговорној фази.¹³ Након закључења уговора све информације на које се односи дужност информисања постају саставни део уговора.¹⁴ Из овога произлази да је предуговорна изјава осигуравача (професионалца) обавезујућа не само због потребе информисања потрошача осигурања, већ и због дефинисања садржине будућег уговора.¹⁵

Након доношења Закона о осигурању,¹⁶ којим је први пут у нашем праву уређена ова изванредно значајна дужност професионалаца осигурања, НБС донела је Одлуку о начину заштите права и интереса корисника услуга осигурања.¹⁷ Док је ЗО одређено које су то информације које треба саопштити уговарачу осигурања пре закључења уговора, за време важења уговора, као и садржај и начин обавештења;¹⁸ Одлуком је уређена заштита потрошача услуга осигурања у погледу: информисања, посредовања у решавању одштетних захтева, подношења приговора корисника услуга осигурања и поступања то том приговору. Познато је да под утицајем уговорног потрошачког права данас преовладава информациона парадигма заштите потрошача услуга осигурања.¹⁹ Она има за последицу придавање огромног значаја начину и садржају информисања слабије стране уговора о осигурању. Закон о осигурању, иако статусни пропис, уређује и питање информисања уговарача осигурања. Полазећи од одредаба ЗО тј. чл. 15 који носи наслов заштита права и интереса корисника услуге осигурања, НБС донела је Одлуку. Овом одлуком прецизирана је заштита потрошача услуга осигурања у домену пружања информација од стране осигуравача, друштва за посредовање у осигурању, друштва за заступање у осигурању, заступника осигурања и лица овлашћених на бављање пословима заступања у осигурању (давалац финансијског лизинга,

13 За потрошача осигурања је то најосетљивији моменат, који га може учинити жртвом економски јачег и компетентнијег осигуравача.

14 ЗЗП, чл. 16 ст. 4.

15 М. Мићовић, 144.

16 Закон о осигурању – ЗО, *Службени гласник РС*, бр. 136/2014, чл. 82–84.

17 *Службени гласник РС*, бр. 55/2015 (даље: Одлука).

18 Иначе, приступ нашег законодавца је прилично застарео, будући да у државама чланицама Европске уније данас доминира другачији приступ. Док су статисним прописом уређена питања оснивања, пословања, надзора и основа престанка друштва за осигурање, уговорним законом уређена су сва уговорна питања (нап. аут.).

19 Детаљније о свим питањима релевантним за дужност информисања: Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања – Анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2015, 141–201.

јавни поштански оператер и банка). Иако је дужност информисања потрошача услуга осигурања много шира (што произлази и из ЗО!), Одлуком је прецизирана садржина ове обавезе у погледу подношења одштетних захтева и приговора. Други значајан сегмент заштите потрошача услуга осигурања је решавање о приговорима, како од стране осигураваача, тако и од стране НБС.

II Дужност осигураваача да информише потрошача услуга осигурања у нашем праву

Иако је ЗО статусни закон, садржи посебну главу посвећену *информисању уговараача осигурања*. ЗО прави разлику између информисања пре и за време важења уговора и одређује садржај обавештења које се упућује уговарачу осигурања.²⁰ Тако је друштво за осигурање дужно да, пре закључења уговора о осигурању, писмено обавести уговараача осигурања најмање о:²¹ 1) пословном имену, правној форми, седишту и адреси седишта друштва за осигурање друштва за осигурање са којим се закључује уговор о осигурању; 2) условима осигурања и праву које се примењује на уговор о осигурању; 3) времену важења уговора; 4) ризицима покривеним осигурањем и искључењима у вези са тим ризицима; 5) висини премије осигурања, начину плаћања премије осигурања, висини доприноса, пореза и других трошкова који се обрачунавају поред премије осигурања и о укупном износу плаћања; 6) праву на раскид уговора о осигурању и условима за раскид, односно праву на одустанак од уговора; 7) року у коме понуда обавезује друштво за осигурање; 8) начину подношења и року прописаном за подношење одштетног захтева, односно за остваривање права по основу осигурања; 9) начину решавања спорова уговорних страна; 10) називу, седишту и адреси органа надлежног за надзор над пословањем друштва за осигурање, као и о праву на приговор и заштиту његових права и интереса код тог органа.

У случају закључивања уговора о животном осигурању, обавештење из става 1. овога члана мора да садржи и податке о:²² 1) основици и критеријумима за учешће у добити и начину и роковима за исплату учешћа у добити; 2) табели откупних вредности; 3) условима за остваривање

20 Детаљније о обавези пружања информација у области финансијских услуга: Paul Latimer, Philipp Maume, *Promoting Information in the Marketplace for Financial Services, Financial Market Regulation and International Standards*, Springer, New York, 2015, 19–113.

21 ЗО, чл. 82 ст. 1.

22 ЗО, чл. 82 ст. 2.

права на капитализацију уговора о животном осигурању и правима из таквог осигурања; 4) код осигурања везаних за јединице инвестиционих фондова о дефиницији инвестиционих јединица за које су везане накнаде и о проспекту инвестиционог фонда, а нарочито о структури улагања; 5) пореским прописима који се односе на животно осигурање.

Друштво за осигурање дужно је да, за време важења уговора о осигурању, писмено обавести уговарача осигурања о:²³ 1) промени пословног имена, правне форме, седишта и адресе друштва с којим је закључен уговор о осигурању; 2) промени општих или посебних услова осигурања; 3) променама података из члана 82. став 1. тач. 2), 3) 5) и 6) и став 2. овог закона – у случају промене услова осигурања, односно промене одредаба у другим законима који се односе на уговор о осигурању.

За време важења уговора о животном осигурању друштво за осигурање је дужно да једном годишње писмено обавести осигураника о стању учешћа у добити. Текст и садржај обавештења морају бити написани на прегледан и разумљив начин и састављени на српском језику. Трошкове у вези са овим обавештавањем сноси друштво за осигурање.

И посредник и заступник су дужни да пруже одређене информације уговарачу осигурања пре закључења уговора, приликом измена или допуна, као и продужења уговора. У питању су следеће информације: 1) о свом пословном имену, седишту и адреси седишта; 2) регистру надлежног органа у који су уписани и начину провере регистрације; 3) називу друштва за осигурање с којима имају закључени уговор; 4) томе да имају непосредно, односно посредно право или могућност да остваре 10% или више гласачких права, односно власништво над 10% или више основног капитала у друштву за осигурање с којим ће бити закључен уговор о осигурању; 5) томе да друштво за осигурање с којим ће бити закључен уговор о осигурању или матично друштво тог друштва имају непосредно, односно посредно право или могућност да остваре 10% или више гласачких права, односно власништво над 10% или више основног капитала у том лицу; 6) начину заштите његових права и интереса код тог лица; 7) називу, седишту и адреси органа надлежног за надзор над пословањем тог лица, као и начину заштите његових права и интереса код тог органа.

Осим поменутих, друштво за заступање у осигурању је дужно да, пре закључења уговора, обавести уговарача осигурања о томе да ли заступају искључиво једно друштво за осигурање или више друштава, о називу

23 30, чл. 83.

тих друштава, као и о информацијама које је дужан да пружи осигуравач. На начин обавештавања уговарача осигурања, као и на текст и садржај обавештења, сходно се примењују одредбе које важе када се ради о обавештавању које пружа осигуравач.

Иако је круг информација којима треба опскрбити уговарача осигурања прилично широк, Одлуком НБС прецизирано је да је друштво за осигурање дужно да у писменој информацији коју даје уговарачу осигурања пре закључења уговора, као и на својој интернет презентацији, наведе податке *о начину подношења приговора друштву за осигурање, обавезном садржају тог приговора и року за достављање одговора на наводе из тог приговора*. Овим је издвојено информисање о праву на приговор као *de facto* најзначајнији део обавезе информисања. Такође, саставни део одлуке коју доноси друштво за осигурање поводом захтева из осигурања који је поднео потрошач услуга осигурања је поука о праву на приговор. Приговор је, дакле, конципиран као *главни инструмент заштите потрошача услуга осигурања*. Сматрамо да не постоје оправдани разлози за издвајање информација о приговору од осталих информација које треба пружити потрошачу.²⁴ За информисану одлуку о куповини осигурања, по угледу на упоредно право, требало је подзаконским актима прецизирати обавезу информисања о обиму покрића и о искљученим штетама.²⁵

24 Rob Merkin, Jenny Steele, *Insurance and the Law of Obligations*, Oxford University Press, 2013, 87/93.

25 У том смислу навешћемо пример француског и немачког права. У француском праву осигуравач је дужан да закључења уговора преда два документа: листу (фишу) са информацијама (фран. *la fiche d'information sur le prix et les garanties*) о цени и покрићу и обавештење са информацијама о уговору. Како тумачити појмове цену и покриће (фран. *le prix et les garanties*)? Колико осигуравач треба да буде детаљан, односно да ли је за извршење ове обавезе довољно да само помене клаузулу о покривеним штетама и висину премије? Сматрамо да осигуравач треба да унесе у листу са информацијама само оне елементе који произлазе из језичког тумачења ове одредбе. Сажетост и краткоћа фише објашњава се тиме да она коегзистира са још једним документом који осигуравач треба да преда уговарачу осигурања: предлог уговора или обавештење са информацијама о уговору. Што је најважније, ова обавеза је регулисана као тзв. законска предуговорна обавеза. Осигуравач је, дакле, дужан да је испуни и када то уговарач осигурања није тражио. Ова одредба је од огромног значаја за заштиту потрошача услуга осигурања. Иначе, законом није прецизирано коме и када се предаје фиша. Стога се сматра да сва лица, укључујући и професионалце, имају право да им се преда фиша са информацијама о цени и покрићу. Поред фише са информацијама о цени и покрићу, осигуравач је у француском праву дужан да, пре закључења уговора, преда уговарачу осигурања примерак предлога уговора и анекса или обавештење са информацијама о уговору. Ово обавештење треба да прецизно опише покривене и искључене штете, као и обавезе осигураника (фран. *notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi*

Поступање о приговору и одлучивање о њему морају се заснивати на начелу једнакости, савесности и ефикасности. Подношење одштетног захтева, захтева за пружањем одређених информација или објашњења не сматра се приговором.

III Информисање о праву на приговор

Приговор на рад друштва за осигурање, а исто важи и за приговор на рад посредника и заступника у осигурању, представља механизам ван-судског решавања потенцијалног спора између осигураника и даваоца услуге осигурања. Када је реч о приговору који се подноси друштву за осигурање, Одлуком се прави разлика између приговора „ако је корисник незадовољан пружањем услуга тог друштва, а нарочито у вези са уговором о осигурању” и приговора „због повреде права или интереса у

que les obligations des assuré).²⁵ Ови документи треба да прецизирају и меродавно право, ако то није француско право, као и начине подношења одштетног захтева и адресу осигуравача (детаљније: Н. Петровић Томић (2015), 166–167 и 168–169).

О значају који се у немачком праву придаје дужности информисања сведочи податак да је донета Уредба о дужности информисања, којом је детаљно објашњена обавеза осигуравача из чл. 7. Реч је о пропису којим се допуњује Закон о уговору о осигурању, и који омогућава осигуравачу уредно испуњење предуговорне и уговорне обавезе обавештавања. Осигуравач има јасне смернице и конкретне податке о томе које све информације треба да достави уговарачу осигурања (уредба садржи седам врло детаљних параграфа). У Уредби стоји да, ако је уговарач осигурања потрошач, осигуравач је дужан да му стави на располагање листу са информацијама о производу, која садржи информације које су значајне за закључење или извршење уговора о осигурању (у питању је, заправо, опис карактеристика уговора о осигурању!). Дакле, законодавац не само да обавезује осигуравача, већ и императивном нормом одређује на које информације се односи његова обавеза. Тиме је створен *законски минимум* заштите потрошача услуга осигурања што се информација које се достављају у листи тиче. Смисао императивног одређења информационог минимума је јасно и сажето представљање будућег уговора уговарачу осигурања. Да би се лакше одлучио, потрошач услуга осигурања не сме бити „претрпан” многобројним информацијама, које тешко може схватити и за чије разумевање му треба много времена.

Листа са информацијама о производу осигурања садржи следеће информације: 1) о врсти предложеног уговора о осигурању; 2) о осигураном ризику: опис ризика који су обухваћени покрићем и искључених ризика; 3) о висини премије у еурима, о доспећу и периоду за који се плаћа, као и о последицама пропуштања плаћања премије или доцње; 4) о искључењима везаним за понашање; 5) о уговором преузетим обавезама у тренутку закључења уговора и последицама њиховог неизвршења; 6) о уговором преузетим обавезама за време важења уговора, као и о последицама њиховог неизвршења; 7) о обавезама у тренутку настанка осигураног случаја и последицама њиховог неизвршења; 8) о почетку и крају осигуравајуће заштите; 9) о могућностима престанка осигуравајуће заштите. Детаљније: Н. Петровић Томић (2015), 177 и 179–180.

вези са радом тог друштва”. Док се први приговор може назвати генералним, другом се може дати епитет специјалног. То произлази из циљног тумачења Одлуке. Наиме, формулација којом је уведен генерални приговор је таква да се под њега може подвести било који пропуст у вези са пружањем услуга осигурања, а нарочито у вези са уговором о осигурању. Писци Одлуке нису ни *exempli causa* навели о ком типу пропуста се може радити. Битно је да је у питању поступање друштва за осигурање које је резултирало *незадовољством корисника услуге осигурања*. Оваква формулација ствара конфузију и отвара бројне дилеме. Прво, да ли корисник услуге може поднети приговор друштву за осигурање због неких сазнања у вези са начином вођења пословања која нису имала за последицу директан утицај на његов уговор?²⁶ Друго, да ли корисник услуге осигурања може поднети приговор само друштву са којим је у уговорном односу? Или и неком другом друштву, које се не понаша у складу са добрим пословним обичајима у осигурању или правилима пословне етике?

Ово питање има велики практични, али и начелни значај. Одговор се не може дати, а да се претходно не отвори још једно питање: да ли се обавезе друштва за осигурање и осталих субјеката у погледу заштите права и интереса корисника услуге осигурања уређене ЗО и Одлуком односе само на „њихове” осигуранике и уопште кориснике услуга? Или су осигуравачи и остали субјекти дужни да штите и права и интересе осталих тј. свих корисника услуга осигурања? Није спорно да осигуравач или посредник или заступник осигурања треба да извршавају законске обавезе у односу на лица која са њима ступају у уговорни однос, а која су потрошачи услуга осигурања. У том смислу правимо разлику између предуговорног и уговорног обавештавања. Сматрамо да писци Одлуке нису имали у виду могућност екстензивног тумачења права на приговор. Наведена формулација – иако прилично широка и нејасна – не може се тумачити на овај начин. Само помињање уговора о осигурању усмерава нас на конкретног корисника услуге осигурања.

Што се тиче *приговора због повреде права и интереса у вези са радом тог друштва за осигурање*, он је прецизиран и односи се на: поступа-

26 Примера ради, да ли је разлог за приговор сазнање осигураника, из средстава јавног информисања, да друштво за осигурање не уважава правила добре пословне праксе? Конкретно, поступци друштва за осигурање који су окарактерисани као некоректна трговачка пракса у осигурању (слање уплатница уз уплатнице инфо стана, којима се нуди осигурање станова и домаћинства)! Да ли осигураник има право да на основу ових сазнања упити приговор друштву за осигурање, иако њему лично није нанета штета?

ње друштва за осигурање, односно лица које за то лице обавља послове заступања у осигурању и одлучивање друштва за осигурање у вези са уговором о осигурању или његовим извршавањем.²⁷ Овај приговор, дакле, има специјални карактер и подноси се због повреде права и интереса корисника услуга у вези са радом конкретног друштва за осигурање.

Приговор се подноси лично или преко заступника или пуномоћника, у писменој форми у пословним просторијама или преко интернет презентације друштва за осигурање, поштом, телефаксом или електронском поштом на адресу која је намењена за пријем приговора. Кориснику услуге осигурања пружена је могућност да изабере начин који му је најповољнији за подношење приговора. Кључно је да се приговор поднесе *писмено*.²⁸ Корисник услуге који се одлучи да приговор упути писменим путем у пословним просторијама друштва за осигурање то може учинити у било којој пословници. Друштво за осигурање је дужно да му изда потврду о пријему приговора, месту и времену пријема приговора, као и имену лица које је примило приговор. Ова обавеза друштва за осигурање постоји само на захтев корисника услуге осигурања. Што се тиче подношења приговора средствима информисања, друштво за осигурање је дужно да у писменој информацији коју предаје уговорачу осигурања пре закључења уговора, као и на интернет презентацији, наведе адресу за пријем приговора, број телефакса, односно електронску адресу. Ако се приговор поднесе преко интернет презентације друштва или електронским путем друштво је дужно да одмах потврди пријем приговора.

Садржина приговора је приписана Одлуком. Приговор садржи следеће податке и документацију: име, презиме и адресу подносиоца приговора, ако је у питању физичко лице, односно пословно име и седиште правног лица и име и презиме заступника правног лица, односно овлашћеног лица ако се приговор у име и за рачун правног лица; разлоге за приговор и захтеве подносиоца; доказе којима се поткрепљују наводи из приговора; датум подношења приговора; потпис подносиоца приговора, односно његовог заступника или пуномоћника, осим у случају да се

27 Што се тиче овог приговора, он би се могао поднети због било ког пропуста осигуравача у вези са уговором о осигурању: због неблаговременог извршења било које уговорне обавезе (попут неисплате неспорног дела накнаде из осигурања, неисплате накнаде из осигурања у законском року, непружања свих законом прописаних информација пре или за време важења уговора о осигурању).

28 С тим у вези, ако корисник намерава да поднесе приговор усмено, друштво за осигурање је дужно да га упозори да оно није дужно да разматра усмени приговор, као и да га поучи о начину на који се приговор може поднети.

приговор подноси у електронској форми и пуномоћје за заступање ако је приговор поднео пуномоћник. Будући да се приговором покреће поступак одлучивања о праву или интересу потрошача услуга осигурања и да представља интерни начин решавања спорова из осигурања, форма изјављивања приговора, као и поступак поводом приговора, детаљно су уређени Одлуком. Сматрамо да је најбитнији део приговора навођење разлога за приговор, захтева подносиоца, као и доказа у прилог приговора, односно захтева. У овој фази је нарочито корисна помоћ посредника осигурања.

IV Одлучивање друштва за осигурање по приговору – првостепени поступак

Поступак одлучивања по приговору је двостепени; о њему најпре одлучује друштво за осигурање коме је приговор упућен, а затим у другом степену НБС. Друштво за осигурање је, најпре, дужно да *интерним актима уреди поступак подношења приговора и одлучивања* о њему у складу са ЗО и Одлуком. Овај акт мора да садржи ознаку лица које је овлашћено за поступање по приговорима, односно за давање одговора на приговор и које располаже стручним знањима потребним за одлучивање о приговору. Друштво за осигурање је дужно да обавести НБС о овом акту у року од осам дана од усвајања, као и о његовим изменама и допунама. Ради објективне оцене доказа и навода из приговора, лице које учествује у поступку одлучивања по приговору не може бити лице које је поступало, односно донело одлуку у име друштва за осигурање у случајевима у вези са којима је корисник услуге поднео приговор. Дакле, из Одлуке произлазе два неспорна закључка о поступку поводом приговора у режији друштва за осигурање: 1) друштво је обавезно да одреди лице које је овлашћено за одлучивање по приговорима и које располаже стручним знањима потребним за то, без прецизирања која су то стручна знања и 2) то не може бити лице које је донело долуку у име друштва за осигурање поводом које је корисник услуга поднео приговор (принцип непристрасности).

Према Одлуци друштво за осигурање је дужно да подносиоца, на његов захтев, обавести о току поступка по приговору. Поступак је такав да друштво за осигурање проверава наводе из приговора и цени све чињенице, доказе и информације. Након тога, одлучује о приговору и доставља одговор подносиоцу приговара.²⁹ Друштво за осигурање је дужно

²⁹ У Одлуци стоји да ако друштво оцени да није надлежно за решавање приговора, упутиће подносиоца на надлежно лице, ако се оно може утврдити. Ово је врло неспретна формулаци-

да одлучи о приговору у року од 15 дана од дана пријема приговора. То је, наиме, према Одлуци, рок у коме друштво за осигурање треба да писмено одговори подносиоцу приговора. *Одговор садржи изјашњење о наводима из приговора, уз образложење, оцену основаности приговора и потпис овлашћеног лица.* Ако друштво за осигурање оцени да су наводи из приговора основани, обавестиће подносиоца да ли су разлози због којих је приговор изјављен отклоњени, односно о року за њихово отклањање и о мерама које ће бити предузете за њихово отклањање. Ако је приговор достављен електронском поштом или подносилац захтева да му се одговори електронском поштом, одговор се може послати у електронском облику, потписан квалификованим електронским потписом, у смислу закона којим се уређује електронски потпис.

Ако друштво за осигурање не може да достави одговор на приговор у року од 15 дана из разлога који не зависе од његове воље, рок за одговор на приговор може да се продужи највише 15 дана. Друштво за осигурање је дужно да о томе писмено обавести подносиоца приговора у року од 15 дана од достављања приговора. Ово обавештење садржи податке о разлозима због којих није могуће доставити благовремени одговор, као и о року у коме ће одговор бити достављен. Дакле, намера писаца Одлуке је да се о приговору на рад даваоца услуге осигурања одлучи у року од 15 дана од дана пријема приговора. Ово је оптималан рок, водећи рачуна о томе да његова дужина не сме да се одрази негативно на заштиту права потрошача услуга осигурања. Ово посебно када потрошач није задовољан одговором на приговор, одн. када приговор није усвојен. Из његовог угла тих 15 дана представља губитак времена. Стога је проблематично додатних 15 дана када друштво за осигурање не може да достави одговор на приговор „из разлога који не зависе од његове воље”. Будући да је употребљена прилично нејасна формулација, која ће моћи да се тумачи на различите начине, сматрамо да је пролонгирање рока за одлучивање о приговору неоправдано из угла заштите права потрошача незадовољног услугом осигурања. Наиме, да би осигураници чешће користили приговор као средство заштите својих права, неопходно је уверити их да је то у њиховом интересу, да је поступак непристрасан и да се о приговору решава у кратком року. Ово зато што до окончања поступка по приговору осигураник најчешће не ужива погодности осигуравајуће заштите.

ја, будући да имплицира могућност настанка ситуације у којој се не зна ко је надлежан за решавање о приговору незадовољног корисника услуге осигурања.

У поступку одлучивања о приговору, друштво за осигурање је дужно да са подносиоцем комуницира на једноставан и разумљив начин. У одговору на приговор друштво је дужно да укаже кориснику услуге на његово право да, ако није задовољан одговором друштва, поднесе приговор НБС. *За поступање по приговору кориснику услуге се не може наплатити накнада, нити било који други трошкови.* Ове одредбе су значајне за заштиту права потрошача. Потрошачу треба указати на могућност подношења приговора и НБС.³⁰ За решавање о приговору друштво за осигурање не може да терети осигураника било каквом накнадом или трошковима.

Друштво за осигурање је дужно да у електронском облику води *регистар примљених приговора*. Регистар садржи следеће податке: о подносиоцу приговора (име, презиме и адресу подносиоца приговора, ако је у питању физичко лице, односно пословне име и седиште правног лица, и име и презиме његовог заступника); податке о уговору (број полисе, врсту осигурања и покривени ризик); начин и датум пријема приговора; разлоге изјављивања приговора, уз обавезу разврставања; податак о исходу одлучивања и датум достављања одговора на приговор, као и датум извршавања обавезе друштва за осигурање из тог одговора. Сву документацију у вези са приговором друштво за осигурања треба да чува најмање пет година од дана достављања одговора на приговор. Увођење приговора на рад друштва за осигурање, односно извршавање обавеза из уговора о осигурању не би имало толику тежину да није прописана обавеза вођења регистра приговора. Свако друштво за осигурање треба да води сопствени регистар приговора. Увођење регистра треба да, најпре, пружи повратну информацију друштву за осигурање о томе који сегменат пружања услуга осигурања не функционише добро. Томе служи разврставање приговора по критеријумима прописаним Одлуком. Сматрамо да је за сваког осигуравача нарочито корисно да се упозна са проблемима који прате решавање захтева из уговора о осигурању. То је најосетљивија фаза из угла осигураника, који од осигуравача очекује пружање (драгоцене) заштите. Сваки спор који настане у тој фази шаље лошу поруку осигураницима, који губе поверење у одређеног осигуравача. Друго, подаци који располажу осигуравачи који послују на једном тржишту – ако се повежу и обраде – омогућавају формирање мишљења о горућим проблемима једног тржишта осигурања. У том смислу је занимљиво пратити промене у

30 Необавештавање потрошача о праву на приговор НБС је вид некоректне трговачке праксе.

врсти приговора који се најчешће подноси у току петогодишњег или десетогодишњег периода.

За ефикасну примену система подношења приговора и заштите права и интереса потрошача услуга осигурања у вези са тим, утврђена је *посебна одговорност извршног одбора друштва за осигурање*. Он је, најпре, у обавези да анализира узроке појединачних приговора и да идентификује основни узрок који је заједнички за већи број приговора, ако се тај узрок може утврдити. Друго, извршни одбор разматра да ли утврђени узроци могу утицати на друге процесе и производе, укључујући и оне на које се приговор директно не односи. Треће, он предузима одређене мере ради отклањања, односно ограничавања и превенције узрока приговора. Извештај о примљеним приговорима подноси се електронски НБС, најкасније у року од 15 дана од истека тромесечја.

V Поступање НБС по приговору – другостепени поступак

Потрошач услуга осигурања може да поднесе приговор и НБС. При том, треба правити разлику између приговора НБС коме не претходи приговор даваоцу услуге осигурања и предлога за посредовање пре подношења приговора НБС. Ако се потрошач услуга осигурања директно обрати НБС, она неће разматрати приговор у вези са радом друштва за осигурање или неког другог субјекта, већ ће исти проследити даваоцу услуге осигурања најкасније у року од 8 дана од дана пријема приговора. У том случају примењује се иста правила као да је приговор упућен даваоцу услуге осигурања, тј. он је дужан да га размотри и о њему одлучи у року прописаном Одлуком. Једина разлика је у томе што је давалац услуге осигурања дужан да одговор на приговор упућен потрошачу достави и НБС. Овим је јасно подељена надлежност између даваоца услуге осигурања и НБС поводом изјављивања приговора. Разлика је само у томе што се, ако се „прескочи” осигуравач, непотребно се губи 8 дана.

Ако подносилац није задовољан одговором даваоца услуге осигурања или му исти није достављен благовремено, спорни однос може се решити вансудским путем тј. посредовањем. Одлуком је прописано да *покретање поступка посредовања представља сметњу за подношење приговора НБС*. Само када се овај поступак оконча или буде обустављен или дође до одустанка, активира се право потрошача услуга осигурања на подношење приговора. За време трајања поступка посредовања не тече рок за решавање по приговору од стране НБС.

Дакле, потрошач услуга осигурања може поднети приговор НБС ако се пре тога обраћао даваоцу услуга осигурања и није био задовољан његовим одговором или му није одговорио у року прописаном Одлуком. Овим је јасно одређено да поступак поводом приговора на рад даваоца услуга осигурања *има карактер претходећег поступка* поступку пред НБС. И приговор НБС се подноси у писменом облику. Уз њега се доставља и приговор упућен даваоцу услуге осигурања, његов одговор (ако га има), као и документација на основу које се наводи из приговора могу ценити. Одлуком је прописан и рок за упућивање приговора НБС: то је шест месеци од дана пријема одговора даваоца услуге осигурања, односно истека рока за његово достављање. Ако се приговор поднесе након истека овог рока или након покретања судског спора из разлога наведених у приговору, НБС неће разматрати приговор. О томе ће обавестити потрошача услуга осигурања.

У поступку који се води пред НБС давалац услуга осигурања дужан је да се изјасни о наводима из приговора у року који не може бити дужи од 8 дана од дана пријема дописа, као и да достави доказе којима се потврђују наводи из изјашњења. По пријему изјашњења или у случају да се давалац услуге не изјасни, НБС може тражити додатна изјашњења, као и достављање одговарајућих доказа у року који она одреди. НБС има рок од 3 месеца да одлучи о приговору потрошача услуга осигурања. Она је у том року дужна да му достави коначан одговор. Овај рок се може продужити за још три месеца у „сложеним предметима” о чему је НБС дужна да обавести потрошача пре истека рока од три месеца од дана пријема приговора. Дакле, да резимирамо: рок за подношење приговора НБС је шест месеци од истека рока за пријем одговора на приговор упућеног даваоцу услуге осигурања. Ако потрошач искористи ово право тек крајем рока, а имајући у виду да НБС треба да одлучи о приговору у року од три месеца, осигураник треба да рачуна у просеку на неких 9 месеци без осигуравајуће заштите. Ово само ако се не ради о „сложеном предмету”. У том случају осигураник може бити у *statusu quo* и целих годину дана. Сматрамо да је рок за одлучивање НБС прешироко одређен и да прилично тангира право осигураника да зна да ли може да рачуна на осигуравајућу заштиту или не. Ако се овоме дода дужина судског поступка, који ће осигураник извесно повести против осигуравача ако не буде задовољан исходом одговора НБС на приговор, јасно је да ће осигуранику током дужег периода бити ускраћена осигуравајућа заштита, коју је платио и са којом је рачунао приликом закључивања уговора о осигурању.

У одговору на приговор НБС подучава потрошача услуга осигурања о могућности вансудског решавања спорног питања с даваоцем услуга осигурања у поступку посредовања, описује тај поступак и рокове за његово спровођење, те назначава да се овај поступак спроводи без наплаћивања накнаде. Дакле, НБС ће потрошачу указати на могућност да се његов спор са осигуравачем реши и вансудским, а не само судским путем. Иако је ово обавештавање значајно, сматрамо да у нашем праву тек треба радити на промовисању решавања спорова из осигурања посредовањем. Кључно је да се испуне сви предуслови од значаја за креирање ефикасног система вансудског решавања спорова из осигурања. НБС на својој интернет страници објављује тромесечно информације о приговорима који су јој поднети.

VI Посредовање НБС

Поступак посредовања може се покренути ако је потрошач незадовољан одговором на приговор даваоца услуге осигурања или ако му одговор није достављен у року прописаном Одлуком. Овај поступак воде запослени у НБС по одредбама закона којим се уређује решавање спорова посредовањем.³¹ Ако се у току решавања по приговору од стране НБС покрене поступак посредовања прекида се поступак решавања о приговору, а ако се спорни однос реши споразумом на основу посредовања обуставља се поступање по приговору. Новина је да НБС спроводи поступак посредовања без накнаде, с тим да евентуалне трошкове који могу настати у том поступку снесе саме стране (трошкови путовања, смештаја, неплаћено одсуство, итд).

Дакле, поступак посредовања и даље је у ингеренцији НБС, и поред нашег изричитог залагања против задржавања ове солуције.³² Додуше, поступак посредовања у режији НБС нешто је „поправљен” у односу на стари ЗО и раније важећу одлуку.³³ Не можемо а да се (поново!) не запитамо зар није постојала нека институција погоднија за увођење овако значајног института у правни живот установе осигурања? Чини се да је то – по угледу на релевантна упоредноправна искуства – морало бити Удружење осигуравача

31 Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014. У чл. 3 ст. 2 овај закон изричито помиње потрошачке спорове.

32 За детаљну критику система посредовања по старом ЗО, Вид. Наташа Петровић Томић, „Медијација у осигурању”, *Зборник Правног факултета у Ријеци*, бр. 1/2010, 475–493.

33 У питању је Одлука о начину заштите права и интереса осигураника, корисника осигурања и трећих оштећених лица и поступку посредовања ради мирног решавања спорних односа насталих из основа осигурања, *Службени гласник РС*, бр. 46/05.

Србије или Привредна комора Србије. Давањем НБС још једног овлашћења доприноси се концентрацији превелике моћи у њеним рукама, а што је још битније, поставља се питање колико ће она моћи да изврши тако значајан задатак у још увек осетљивој фази развоја института – непознатог и недо-вољно прилагођеног – нашој правној култури и психологоји нашег народа!? Сматрамо да је кључна едукација потрошача услуга осигурања о предности-ма решавања спорова из осигурања путем посредовања.³⁴ Једнако значајним сматрамо да резултати првих посредовања буду ефикасни, односно да број спорова окончаних посредовањем буде већи од броја спорова који нису окончани посредовањем. Само на основу оваквог резултата може се очекивати да осигураници поверују у позитивне стране посредовања као механизма решавања спорова, као и да развију навику да се пре обраћања суду обрате НБС у покушају да спор превазиђу посредовањем.³⁵

Поступак медијације у режији НБС има неколико обележја, која га чине довољно прилагођеним потребама страна које тек треба да сагледају благодети оваквог начина решавања спорова из односа осигурања. Прво, похвално је то што је Одлука уважава принцип добровољности посредовања, за разлику од ранијег права. Али, поступак посредовања је остао у ингеренцији НБС. Иако сада НБС указује потрошачу на могућност посредовања, а да ли ће до њега доћи зависи од потрошача, сама чињеница да се посредовање спроводи пред истим телом које одлучује о приговорима је проблематично! Док се на одлучивање НБС о приговорима може гледати као на део надзорних овлашћења, то не важи за посредовање пред НБС. По до скоро важећем режиму, НБС је писмено предлагала посредовање, ако оцени да у вези са основом предмета приговора може доћи до судског спора. То значи да је, по слову закона, медијација требало да послужи превенцији спорова из осигурања. Иако се овакво решење може критиковати (јер је на први поглед у супротности са начелом добровољности као једним од основних начела медијације), почетни ступањ развоја института медијације и потреба за упознавањем страна са њим могла је представљати оправдање за овакав приступ. Осим тога, ни начело добровољности није повређено, јер се медијацији не може пристипити без сагласности обеју страна. Овакво решење је усклађено са ре-

34 Christine Susanne Rabe, Marin Wode, *Mediation, Grundlagen, Methoden, rechtlicher Rahmen*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014, 31–62.

35 За ефикасност посредовања, најбитнија је спремност страна да дају све од себе да се спор превазиђе међусобним попуштањем и да дође до закључења поравнања. Без њихове спремности и обавештености о овој претпоставци успешног окончања посредовања, ни најбољи посредник не може бити од помоћи.

шењем Закона о решавању спорова посредовањем, који омогућава медијацију како као претходни, тако и као поступак до кога може доћи након покретања парничног поступка (тзв. принцип дуализма). Дакле, уколико се спор реши посредовањем НБС, медијација врши функцију превенције спорова из осигурања. Уколико се, пак, спор не реши медијацијом, може се покренути судски поступак!

Друго, поступак посредовања испред НБС спроводе њени запослени „који испуњавају услове за обављање послова посредника утврђене законом о посредовању”. Иако то сада не пише изричито у Одлуци, неспорно је да они одређују рокове, могу тражити од страна да доставе доказе на којима заснивају своје захтеве. Радник запослен у НБС, дакле, спроводи поступак посредовања! Упоредноправна анализа показује да се поступак посредовања може поверити само лицима која испуњавају услове, који их чине „*fit and proper*” за вршење посредовања.³⁶ Заправо, циљ услова које закони прописују је да се одреде стандарди професије медијатора. Ако се већ ради на „*професионализацији*” медијатора као доказу независности и непристрасности (и лакшег задобијања поверења од стране потенцијалних корисника њихових услуга), оваква одредба може деловати контрапродуктивно. Иако се може контрааргументовати да лица задужена за спровођење посредовања у оквиру НБС могу проћи обуку за посреднике и тако испунити стандарде, формулација је таква да оставља места сумњи. Питање је колико ће неукој страни (осигуранику или оштећеном лицу) улићи поверење сазнање да ће поступак посредовања водити лице које је део тела задуженог за вршење надзора у осигурању?³⁷

Треће, НБС спроводи посредовање без накнаде, с тим да евентуалне трошкове који могу настати у том поступку стране сnose саме (трошкови путовања, смештаја, неплаћено одсуство с посла, итд). Ово је позитивна промена; трошкови посредовања морају бити мањи од трошкова судског поступак да би осигураник био мотивисан на посредовање. Иначе, по старим прописима, *трошкове посредовања* је морао да предујми подносилац приговора или страна заинтересована за постизање споразума. Ово је зна-

36 Детаљније о овим условима у праву Португала: V. De Almeida, „Insurance Mediation”, *International Financial Law Review*, No. 1/2007, 1.

37 Стране поверавају решавање свог спора медијатору зато што га сматрају неутралним лицем, вредним поверења, које ће на основу свог најбољег знања и искуства помоћи да се њихов спор превазиђе. Не треба губити из вида да је успех медијације у великој мери резултат чињенице да у овом поступку акценат није на томе ко ће добити више или ко ће више „попустити”, већ на томе да се спор остави по страни и да се однос (пословни, уговорни или неки други) наставља.

чило да осигураник, који је поднео приговор против осигуравача (или треће оштећено лице), мора бити финансијски способан да унапред плати свој део трошкова поступка ако жели да се његов спор решава мирним путем. А *contrario*, осигураницима који нису у стању да предујме трошкове медијације биће ускраћен овај метод вансудског решавања спорова.³⁸ Сматрамо да, иако НБС не наплаћује трошкове спровођења посредовања, овај поступак није једнако повољан за све осигуранике у нашој држави. Не може бити једнако повољно да спор из осигурања решава пред НБС осигураник који долази из Ниша или Крагујевца. Он има трошкове, који поступак посредовања могу учинити скупљим од судског поступка. Он због тога може бити демотивисан да уопште прибегава решавању спорова на овај начин. Ово је још један аргумент у прилог наше тврдње да је природније да посредовање буде у надлежности неког другог тела, а не НБС. Неопходно је повести рачуна о месној надлежности, односно о омогућавању осигураницима да спорове из осигурања решавају посредовањем у месту у коме имају пребивалиште или у месту које је најближе пребивалишту. Само тако ће сви осигураници уживати исти степен заштите.³⁹

Иако је НБС позитивноправно овлашћена за спровођење посредовања у осигурању, чини се да *de lege ferenda* треба размислити и о укључивању Привредне коморе Србије у процес медијације. Она би могла да приступи Центру за медијацију као накнадни оснивач и да преузме одговорност у вези са популарисањем овог метода решавања спорова својих чланова.⁴⁰

VII Закључна разматрања

Заштита потрошача услуга осигурања утиче на увођење дужности информисања на страни свих професионалаца услуга осигурања. Будући да је једна од новина ЗО увођење обавезе пружања информација уговарачу осигурања, НБС је донела Одлуку којом је прецизирана ова обавеза (дужност). Иако је ЗО таксативно наведен круг информација којима треба „снабдети” уговарача осигурања како пре закључења уговора, тако и за време његовог важења, Одлуком је право на приговор учињено најбит-

38 То га чини мање привлачним од судског пута, који се може користити и ако страна није добродошљива стања.

39 Детаљније о овом аргументу из угла надлежности потрошачке арбитраже, за чије се увођење залажемо: Наташа Петровић Томић, „Решавање потрошачких спорова пред арбитражом”, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2014, 105–106.

40 Ово утолико пре што ПКС има довољно искуства у овој области, јер Суд части при ПКС врло често користи посредовање као начин решавања спорова који се пред њега износе! Осим тога, више типично на успех медијације у комерцијалним, него у потрошачким осигурањима.

нијим сегментом информисања и заштите потрошача услуга осигурања. Професионалци осигурања (осигуравач, посредник и заступник осигурања), према Одлуци, највише обавеза имају у вези са увођењем апаратуре којом се гарантује извршење обавезе информисања уговарача осигурања у вези са правом на приговор. Иако је обавештеност о праву на приговор свакако значајна за заштиту права потрошача, пренаглашавање права и обавеза давалаца услуга осигурања, односно потрошача у вези са једном информацијом не сматрамо оправданим. Утолико пре што су и многе друге информације изузетно значајне за доношење одлуке уговарача осигурања да ли ће закључити одређени уговор или не. Сматрамо да је за његову одлуку много битније да прими адекватне информације у погледу обима покрића, тј. да му се разјасни однос између клаузуле о покривеним ризицима и искљученим штетама. Ни један осигураник не бира осигуравача према томе какве су могућности у погледу изјављивања приговора.

Осим овог пропуста, сматрамо да Одлука, ма колико садржала добра решења, није довољна за стварање подстицајног регулаторног окружења за вансудско решавање спорова из осигурања. Приговоре, како онај који се подноси даваоцу услуга осигурања, тако и онај који се подноси НБС, треба посматрати у контексту увођења нових могућности за решавање спорова. С обзиром на дужину поступака поводом оба приговора (у најгорем случају више од годину дана), с једне стране, и недовољно гаранција да ће поступак заиста бити окончан пред даваоцем услуга осигурања, односно НБС, нисмо уверени да ће Одлука остварити значајнији учинак од претходне одлуке. Кључно је да се у оквиру давалаца услуга осигурања спроводи едукација корисника услуга осигурања о погодностима прибегавања вансудским методама решавања спорова попут приговора и посредовања.

Посебно смо забринути за исход спорова поводом којих се стране одлуче за посредовање. Ово зато што, осим формалних измена, нису испуњене суштинске претпоставке за успех посредовања. Кључно је да се НБС одрекне још једне надлежности у портфолиу утицаја на тржиште осигурања. Док се одлучивање о приговорима у вези са радом даваоца услуга осигурања уклапа у надзорна овлашћења НБС; спровођење поступка посредовања је нешто друго. Оно треба да буде поверено некој другој институцији, попут Удужења осигуравача или Привредне коморе. Посебно је битно да се подзаконским актима поведе рачуна о уважавању територијалне надлежности, односно да се потрошачима који нису из Београда омогући да прибегавају посредовању ближе месту свог пребивалишта.

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD
Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

PROTECTION OF CONSUMERS OF INSURANCE SERVICES AND INFORMATIVE PARADIGM

- Decision of National bank of Serbia on how to protect rights and interests of consumers of insurance services -

Summary

Protection of consumers of insurance services, as a theme that is getting more important in our law, relates mostly on providing specific information to policyholder before the conclusion of insurance contract as well as during validity of insurance contract. After introduction of the mentioned duty by Law on insurance, National bank of Serbia has enacted Decision on how to protect rights and interests of consumers of insurance services, by which is specified the content of information duty. After theoretical explanation of the right of consumer to be informed, author considers the content of Decision. According to the opinion of the Supervising body, information about the right of consumer to complaint represents the most essential part of the right to be informed. Author does not agree with this approach. According to her opinion, there are a number of other information of the same importance from the point of view of protection of the right of consumer to make informed decision. Author deals with two types of complaint: complaint against the insurance professional (insurer, agent of insurance or broker of insurance) and complaint to the National bank of Serbia. After analysis of the conditions of submitting complaints, the content of complaints, obligation of consumers, and especially deadline of deciding on the complaint, author concludes that regulatory framework is not motivating to use complaint as a mode of out-of-court settlement of insurance disputes. Having in mind that Decision regulates mediation as a form of settlement of insurance disputes, author criticizes the way on which is regulated this important method of relief of jurisdictional system of resolving disputes. Author is against the concentration of huge powers in the hands of National bank of Serbia, especially competence in relation to institutes that could influence significantly on prevention of insurance disputes or decrease of insurance disputes. As she advocates during the years for the introduction of alternative resolution of insurance disputes, on the way that respects all specifics of contract of insurance as well as consumers of insurance services, author regards that this task is to be entrusted to another institution, not to National bank of Serbia.

Key words: *insurance, information, protection of consumers, insurer, National bank of Serbia, mediation, complaints.*

Мр Слободан ИЛИЈИЋ
члан Председништва Удружења правника Србије

НА МАРГИНАМА ЗАКОНА О ОСИГУРАЊУ

Резиме

Закон о осигурању ступио је на правну снагу 26. децембра 2014. године, а почео је да се примењује 27. јуна 2015. године. У време доношења Закона о осигурању Уставни суд Србије је објавио Одлуку о несагласности члана 86б. Закона о Народној банци Србије са Уставом РС. Члан 217. Закона о осигурању истоветан је са чланом 86б. Закона о Народној банци Србије. Одлука Уставног суда Србије у односу на члан 86б. Закона о Народној банци Србије има дејтво закона. Аутор се у закључцима заложио за јединство правног система, ауторитет одлука Уставног суда Србије и потребу координације у законодавном поступку како би се избегло да се у исто време донесе закон са чланом који је истоветан члану другог закона укинутаг Одлуком Уставног суда Србије.

Кључне речи: *Закон о осигурању, Народна банка Србије, Уставни суд Србије, одговорност за штету, ослобођење од одговорности за штету.*

І Увод

Важећи Закон о осигурању¹ ступио је на снагу 26. децембра 2014. године, а почео је да се примењује после истека шест месеци од дана његовог ступања на снагу, тј. од 27. јуна 2015. године² изузимајући одређене одредбе које ће се примењивати од дана приступања Србије Светској трговинској организацији, односно од дана приступања Европској унији. У овом раду разматрано је питање одговорности за штету насталу вршењем дужности утврђених ЗОС-ом, као и питање ослобођења од те одговорности.

1 Закон о осигурању – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 139/14.

2 ЗОС, чл. 281.

II Одговорност за штету насталу вршењем дужности утврђених законом

а) Устав РС је прописао да је Народна банка Србије³ централна банка Републике Србије, да је самостална и да подлеже надзору Народне скупштине РС којој и одговара, затим да НБС руководи гувернер кога бира Народна скупштина РС, као и да се о НБС доноси закон (члан 95). Такође, Устав РС је предвидео да Република Србија уређује и обезбеђује, поред осталог, монетарни, банкарски и девизни систем, као и организацију, надлежност и рад републичких органа (члан 97 тач. 6 и 16). Из тога произилази да делатност осигурања није уставом непосредно и директно предвиђена као надлежност НБС. Отуда, као уставни основ за доношење ЗОС-а био је коришћен члан 97. тач. 6. Устава РС према коме Република Србија, поред осталог, уређује и обезбеђује правни положај привредних субјеката и систем обављања појединих привредних и других делатности. Ваља приметити да су на основу истог уставног основа донети још неки закони, а најближи ЗОС-у је Закон о привредним друштвима. Полазећи од члана 97. тач. 6. Устава РС, ЗОС је регулисао за НБС допунску надлежност у надзору делатности осигурања, а путем других закона регулисана је допунска надлежност НБС у надзору делатности друштава за управљање добровољним пензијским фондовима, лизинга и др., што значи да јој је у тим допунским надлежностима и проширеним надлежностима у Закону о НБС⁴ поверено вршење јавног овлашћења. При томе, НБС је задржала надлежности у монетарној и банкарској области, као изворним надлежностима по Уставу РС. За допунску надлежност НБС, тј. вршење јавног овлашћења путем ЗОС-а, посебан значај имају одредбе о Надзору над делатношћу осигурања (глава X, чл. 187-219).

б) За овај рад, због својих специфичности, интересантна је глава X ЗОС-а и у њој посебно члан 217. ЗОС-а изнад кога стоји наименовање – Одговорност за штету насталу вршењем дужности утврђених овим законом. За разлику од већине чланова те главе ЗОС-а, који су усмерени ка надзору над субјектима у делатности осигурања, члан 217. ЗОС-а усмерен је само ка одговорности НБС у вршењу надзора над делатности осигурања. Наиме, чланом 217. ЗОС-а је предвиђено да НБС и запослени у НБС, као и лице које по налогу НБС врши дужност утврђену овим законом, не одговарају за штету која настане вршењем те дужности, осим ако се докаже да је штета проузрокована намерно или крајњом непажњом (став 1); да лица из става 1. овог члана не могу одговорати за штету из тог става ни након престанка радног

3 Народна банка Србије – НБС.

4 Измене и допуне члан 4. Закона о НБС извршене 2004. и 2005. године.

односа у НБС, односно престанка вршења дужности (став 2); да ће НБС надокнадити трошкове заступања запослених у НБС у судским и управним поступцима покренутим у вези с дужностима које ти запослени обављају или су их обављали на основу овог закона (став 3); да ће НБС трошкове из става 3. овог члана надокнадити и лицима којима је престао радни однос у НБС (став 4). Дакле, из наименовања изнад члана 217. ЗОС-а изгледа као да овај члан упућује на одговорност за штету насталу вршењем дужности утврђених ЗОС-ом, али анализа одредаба овог члана не говори у том правцу.

III Ослобођење од одговорности за штету насталу вршењем дужности утврђених законом

а) Разумевање члана 217. ЗОС-а захтева да се најпре ближе одреде појмови помоћу којих је конципиран овај члан. Наиме, у ставу 1. тог члана је предвиђено да су ослобођени од одговорности НБС и запослени у НБС, као и лица која по налогу НБС врше неку од дужности утврђених ЗОС-ом. Ови појмови имају се тумачити пре свега на основу и оквиру Закона о НБС.⁵ Под појмом НБС подразумевају се НБС, као правно лице и органи тог правног лица, а то су гувернер, вицегувернери, Извршни одбор и Савет гувернера. Надлежности сваког од органа овог правног лица регулисана је у Закону о НБС. Уз то, НБС је уставна категорија или орган Републике Србије, а у области вршења надзора у делатности осигурања не разликује се од других државних органа који врше надзор. Уставни суд Србије дефинисао је НБС као орган *sui generis*,⁶ док се у правној науци може наићи на мишљење⁷ да НБС није орган управе, нити посебна (управна) организација, а ни државни неуправни орган. У закључку овог мишљења је истакнуто да је НБС део државног апарата, као самостална државна неуправна организација, образована за вршење послова од посебног општедруштвеног значаја. По мишљењу потписника овог рада приговор наведеном научном нијансирању састоји се у томе што у законодавној пракси „самостална неуправна организација“ нема право законске иницијативе у парламенту, а НБС је то овлашћење имала, како у време када је наведено мишљење објављено, тако га има и данас.⁸ Што се, пак, тиче појма запослени у НБС чини се да је тај појам неспоран, али уз извесну корек-

5 Закон о Народној банци Србије – Закон о НБС, *Службени гласник РС*, бр. 72/2003, 55/2004, 44/2010, 76/2012 и 106/2012.

6 Одлука Уставног суда Србије IУз-1243/2010 од 23. децембра 2014 године, *Службени гласник РС*, бр. 40/2015 од 7. маја 2015. године.

7 Невенка Бачанин, „Правна природа Народне банке Србије као вршиоца управе“, *Правна рижеч*, бр. 7/2006, 623-631.

8 Према чл. 107, ст. 2. Устава РС, НБС има право предлагања закона из своје надлежности.

цију. Наиме, ЗОС је користио термин радног односа у ставу 2. овог члана, а данас је актуелно да се запосленим сматра онај ко има закључен уговор о раду са правним лицем, овде са НБС. У светлу појма запосленог у НБС и ослобођења од одговорности из овог члана, ЗОС је донео промене у односу претходни истоимени закон, који је предвиђао појам инспектора осигурања – запосленог у НБС. Промена је предвиђена у члану 190. ЗОС-а. У том члану су предвиђена лица овлашћена за непосредну контролу пословања друштава за осигурање, па у смислу тог члана статус овлашћеног лица има онај запослени у НБС кога одреди решењем гувернер НБС или лице које гувернер овласти за доношење тог решења. На тај начин инспектор осигурања може да постане сваки од запослених у НБС. Даље, према члану 190. ЗОС-а статус овлашћеног лица може да добије и странац, односно овлашћено лице страног надзорног органа који надзире пословање групе друштава за осигурање, сагласно споразуму о сарадњи између НБС и тог страног надзорног органа. Трећи појам из става 1. овог члана, који захтева објашњење, имао је у виду лица која по налогу НБС обављају неку од дужности утврђену овим законом. Круг ових лица је широко постављен у ЗОС-у. Примера ради, у члану 174. ЗОС-а предвиђено је право НБС да у току вршења надзора у складу са ЗОС-ом може да захтева да дато мишљење актуара провери други овлашћени актуар, кога одреди НБС, ако постоје разлози за сумњу у исправност мишљења првог актуара. Такође, странац који стекне статус овлашћеног лица у смислу члана 190. ЗОС-а може да буде лице које по налогу НБС обавља неку од дужности утврђену овим законом, али само у случају надзора на групом друштава за осигурање у иностранству и у сарадњи са страним органом за надзор. Из ових одредаба ЗОС-а може да се сагледа мало детаљније, али не и сасвим, круг лица која су ослобођена одговорности за штету насталу вршењем дужности утврђених законом.

б) Ослобођење од одговорности за штету која настане вршењем дужности предвиђених законом у члану 217. ЗОС-а има у виду ослобођење од грађанске одговорности за ту штету. Ако се пође од правног схватања да је грађанска одговорност обавеза на накнаду штете,⁹ поставља се питање где је предлагач ЗОС-а, нашао правни основ (каузу) да се путем члана 217. ЗОС-а предвиди ослобођење НБС, запослених као и лица које по налогу НБС врше дужности утврђене овим законом од одговорности за штете настале вршењем дужности предвиђених законом. Да ли се правни основ налазио у праву осигурања ЕУ, конкретно, у некој од бројних директива или у уговору о ЕУ? НБС правни основ за ослобођење одговорности из члана 217. ЗОС-а није могла да нађе у

9 Стојан Цигој, „Грађанска одговорност“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд, 1978, 399-400.

праву осигурања ЕУ, а још мање у некој од бројних директива, односно у уговору о оснивању ЕУ. Како у званичном образложењу предлога ЗОС-а није било речи о томе одакле потиче правни основ за овакво регулисање одговорности, односно неодговорности за штету насталу у поступку надзора, претпоставка је да се одговор може наћи у одговору Уставном суду Србије од стране Одбора за уставна питања и законодавство Народне скупштине РС. Тај Одбор је оспоравајући тезу из Решења Уставног суда Србије о покретању поступка за утврђивање неуставности члана 86б. Закона о НБС,¹⁰ у свом писменом одговору Уставном суду Србије истицао да тим чланом није повређен Устав РС, да нису повређена начела и релевантне одредбе Закона о облигационим односима, као и да оспореним чланом Закона о НБС није повређено јединство правног поретка из члана 4. става 1. Устава РС. Ударни аргумент у односу на правни основ у наведеном одговору гласи: „члан 86б. Закона о НБС је у складу и са једним од основних принципа ефективне банкарске супервизије (принцип 2 – независност, одговорност, финансирање и правна заштита супервизора) Базелског комитета за банкарску супервизију којим је утврђено да закони морају супервизору и његовим запосленим пружити заштиту за радње или пропусте који су током обављања њихових дужности учињени у доброј вери, а што се, по навођењу Одбора, у континенталном праву третира као поступање које се не може приписати злој намери или крајњој нужди“.¹¹

в) По мишљењу потписника овог рада неспорна је чињеница да између члана 86б. Закона о НБС и члана 217. ЗОС постоји истоветност. У том светлу и ударни аргумент из писменог одговора Одбора добио је нови, другачији значај. Наиме, у одговору Одбора цитирани принцип 2 је био означен као правни основ за члан 86б. Закона о НБС, али се може сматрати да је ступањем на снагу истоветног члана у ЗОС-у првобитно значење проширено и постало правни основ и за члан 217. ЗОС-а. Цитирани принцип 2 не представља правни основ или разлог да се у члану 217. ЗОС-а пропише ослобођење од одговорности за штету насталу вршењем дужности утврђених ЗОС-ом. Ово стога што се цитирани принципи Базелског комитета Међународне банке за обрачун и плаћања односе на банкарску супервизију, тј. на банкарско право, а не и на супервизију у делатности осигурања, тј. на право осигурања. Цитирани принцип 2 указује уопштено на поједине аспекте начела добре вере у банкарском праву, али од указивања на поједине аспекте једног начела у банкарском праву до законског утврђења и детаљне разраде осло-

10 Решење Уставног суда Србије IУз-1243/2010 од 19. децембра 2013. године, доступно на адреси: <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/SR-Cyrl-CS/9976/?NOLAYOUT=1>.

11 Вид. Образложење Одлуке Уставног суда Србије из фусноте бр. 5.

бођења од одговорности или неодговорности у праву осигурања стоји огромна разлика. Цитирани принцип 2 у банкарском праву позива се на независност супервизора као његово статусно својство. Цитирани принцип 2 се позивао на појам одговорности у банкарском праву, у смислу одговорности за правилан или законит рад супервизора у банкарском праву, а не за неодговорност, односно незаконит или неправилан рад супервизора у банкарском праву. Цитирани принцип 2 указивао је на правну заштиту супервизора у банкарском праву, што значи да се мислило у банкарском праву на заштиту од противправних радњи различитих лица изван супервизора итд. Даље, у одговору Одбора помиње се и континентално право, а губи се из вида да у европском континенталном праву одговорност за накнаду штете не почиње са ослобођењем од одговорности за накнаду штету, већ почиње са појмовима искључења и ограничења одговорности,¹² као и да се пре свега полази од тога да обавеза одговорности за накнаду штете настаје ако се за то кумулативно остваре три претпоставке: 1) да је штета наступила; 2) да постоји узрочна веза између штете и радње штетника; 3) да је радња (чињење или нечињење) којом је проузрокована штета противправна.¹³ Са изнетих разлога цитирани базелски принцип 2 има стварне везе само са банкарским правом, а нема везе са правом осигурања. Сем тога, овај принцип препоручује националним законодавствима да уреде статусни, материјални, функционални положај органа за супервизију и запослених на тим пословима, који гарантује њихову независност, под којом се не може сматрати независност од примене закона и искључење одговорности према трећим лицима за незаконити или неправилни рад. Врсте мера које у поступку надзора може изрећи НБС и њихове последице по субјекте надзора, штета која може бити причињена трећим лицима у случају незаконитог и неправилног рада лица која врше надзор не оправдава искључење одговорност за штету. Као што аргумент одговора Одбора у погледу цитираног принципа 2 као правног основа за члан 86б. Закона о НБС није прихваћен у уставносудској одлуци, још мање га треба прихвати за правни основ члана 217. ЗОС-а.

г) Правна анализа одредаба члана 217. ЗОС-а о ослобођењу од одговорности за штету насталу вршењем дужности утврђених ЗОС-ом била би непотпуна, ако се у анализу не укључе основна уставна права. Наиме, чланом 35, став 2. Устава РС гарантовано је основно уставно право, које предвиђа да свако (правно или физичко лице) има право на накнаду материјал-

12 Илија Бабић, *Лексикон облигационог права*, Београд, 2001, 115-117.

13 Илија Бабић, „Претпоставке одговорности за штету“, *Зборник радова Удружења за одитетно право*, Београд, 2011, 179-196.

не или нематеријалне штете коју му незаконитим или неправилним радом проузрокује државни орган, ималац јавног овлашћења, орган аутономне покрајине или орган јединице локалне самоуправе. У пословима вршења надзора у делатности осигурања НБС није ништа друго до носилац јавног овлашћења, које јој је дато Законом о НБС. Сагласно наведеним уставним одредбама и одредбама Закона о облигационим односима, НБС, као правно лице, не може бити изузета од одговорности за незаконит или неправилан рад својих органа и запослених. У члану 172. Закона о облигационим односима је прописано да правно лице одговара за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу, као и да правно лице има право да се регресира за штету од лица које је штету скривило намерно или крајњом непажњом. Оштећени, правно или физичко лице, које претрпи штету због незаконитог или неправилног рада НБС у поступку надзора, може да захтева накнаду те штете од НБС тужбом за накнаду штете у парничном поступку. Оштећени у парници, коју је покренуо против супервизора, због радњи или пропуста који су настали током обављања њихових дужности у поступку надзора из ЗОС-а, може да успе (у потпуности или делимично) или да не успе. Утврђивању зле намере или крајње непажње приступило би се тек у регресном поступку, који би повела НБС у зависности од претходног успеха оштећеног у парници против НБС. Противно је члану 35. Устава РС унапред дати ослобођење од грађанске одговорности за незаконит или неправилан рад НБС као правном лицу, носиоцу јавног овлашћења и његовим запосленим, односно лицу које је по налогу НБС вршило неку од дужности из ЗОС-а. У државној управи, државни службеници који врше послове надзора у разним областима нису ослобођени одговорности. Напротив, за штету трећим лицима због њиховог незаконитог и неправилног рада одговара Република Србија која у одређеном року има право регреса у односу на своје службенике. Све наведено као и чињеница да базелски принцип 2 не може да представља правни основ да се чланом 217. ЗОС-а пропише ослобођење од грађанске одговорности за штету насталу у поступку надзора утврђеног у ЗОС-у, прописивање овог ослобођења је противно Уставу РС, Закону о облигационим односима и јединству правног система, по мишљењу потписника овог рада.

д) Ослобођење од грађанске одговорности за штету насталу вршењем дужности из ЗОС-а обухватило је у члану 217. ЗОС-а бројне имунитете и привилегије за НБС, као правно лице и њене органе, за запослене у НБС, као и за лице које по налогу НБС врши неку од дужности утврђену ЗОС-ом. Најпре, имунитети и привилегије прописани су у ставу 2. члана 217. ЗОС-а на тај начин што сва набројана лица из става 1. не могу одговорати за штету насталу вршењем дужности утврђених у ЗОС-у не само док су у радном од-

носу, односно док су на функцији, него ни након престанка радног односа у НБС, односно престанка вршења функције. То значи да је НБС, као правно лице и њени органи, бесконачно, а запослени у НБС, као и лице које по налогу НБС врши дужности утврђене ЗОС-ом, под имунитетом и с привилегијама скоро до краја живота. Даље, према ст. 3 и 4. овог члана ЗОС-а је обећано да ће НБС после престанка радног односа у НБС, односно после престанка функције у НБС, запосленом и функционеру у НБС, као и лицима којима је престао радни однос надокнадити трошкове заступања у судским и управним поступцима покренутим у вези с дужностима, које су обављали у НБС или за потребе НБС. Приликом прописивања ових привилегија, извесно, у НБС се рачунало да тужба оштећеног против НБС, као правног лица и органа тог правног лица, мора да доказује да му је неправилним или незаконитим радом причињена штета, што повлачи за собом интензиван рад и много времена да се тужба припреми и снабде с доказима, као и више година да се дође до правноснажности одлуке из таквог поступка у Србији, увек с неизвесним исходом. Предлагач оваквог решења је рачунао да тужба за накнаду штете оштећеног против НБС или појединца, из реда запослених или функционера у НБС, као и лица које је по налогу НБС вршило неку од дужности из ЗОС-а, мора да конкретизује и индивидуализује одговорност појединца у једном великом систему у Србији, односно одговорност странца из другог правног система, па је још оштећеном стављено на терет да доказује намеру или крајњу непажњу тог појединца у великом систему домаћег супервизора, односно у органу надзора страног правног система. У члану 217. ЗОС-а учињено је све да се прописом обезбеде имунитети и привилегије свим онима који могу да буду тужени, а наведени су оквирно у члану 217. ЗОС-а. При том у бројним одредбама које регулишу прекршајну одговорност субјеката над којима се врши надзор, не може се наћи ни једна одредба која прописује одговорност НБС као правног лица и запослених за било коју повреду из закона. Озбиљна научна социолошка истраживања одговорности вршена су још у систему самоуправљања,¹⁴ а указала су да је у дугом периоду (1958-1980. година) енормно порастао број руководећих радних места на рачун извршилачких радних места, уз значајне имунитете и с великим привилегијама, тако да је и после више деценија од тада, сада у 21. веку, наведени самоуправни тренд настављен у регулативи о одговорности у НБС. У упоредном праву синдром имунитета и привилегија познат је још под именом „синдром суверена“, чиме се хтело рећи да је некада само суверен (цар, па краљ) био недодирљив од закона и правде, а у 21. веку је то по

14 Петар Радуловић, *Одговорност у систему самоуправљања*, Загреб, 1982, 263-264.

члану 217. ЗОС-а врло широк круг лица из НБС или ангажованих од НБС. По мишљењу потписника овог рада на потезу је Уставни суд Србије, који је ставио ван снаге одредбу истог садржаја из Закона о НБС, дакле општу одредбу закона који је уредио овлашћење НБС за надзор не само у областима пословања банака, већ и у делатности осигурања, послова лизинга и друштава за управљање добровољним пензијским фондовима. Ово је за очекивати у ситуацији ако предлагач закона, већ није предузео потребне кораке да ЗОС усклади с променама које је извршила уставносудска одлука.

ђ) Несумњиво је да су истоветни члан 866. Закона о НБС и члан 217. ЗОС-а. Па ипак, правна судбина им је различита, бар за сада. Уставни суд Србије је касирао члан 866. Закона о НБС и ту одлуку је донео 23. децембра 2014. год, али је одлука објављена у службеном гласилу 7. маја 2015. ЗОС је донет 18. децембра 2014. по хитном поступку¹⁵, односно пар дана пре доношења наведене Одлуке Уставног суда Србије. Међутим, треба имати у виду да је у овом предмету Уставни суд Србије донео још 19. децембра 2013. године Решење о покретању поступка за утврђивање неуставности одредаба члана 866. Закона о НБС (тач. 1.),¹⁶ са доставом тог решења Народној скупштини РС на одговор (тач. 2.), као и да је Одбор за уставна питања и законодавство Народне скупштине РС доставио одговор Уставном суду Србије. Познато је из законодавноправне праксе да скупштински одбор у оваквим случајевима редовно позива одговарајућег предлагача закона на сарадњу око израде одговора Уставном суду Србије. По мишљењу потписника овог рада предлагач и доносилац ЗОС-а имали су сазнање о одлуци о покретању уставносудског поступку, као и о одлуци Уставног суда Србије којом је утврђена неуставност члана 866. Закона о НБС, али, до предаје овог рукописа, није било одговарајуће реакције у односу на члан 217. ЗОС-а који на исти, неуставан начин, као што је то учинио члан 866. Закона о НБС, ослобађа од одговорности НБС за штету коју она као носилац јавног овлашћења прузрокује незаконитим или неправилним радом субјектима осигурања и трећим лицима.

IV Закључци

а) Даном објављивања одлуке Уставног суда Србије о неуставности поједине одредбе закона, та одредба престаје да важи, а одлука Уставног суда Србије има дејство закона.

15 Акт гувернера НБС 75, бр. 4935/1/14 од 3. децембра 2014. године, којим се председнику Народне скупштине РС 01 бр. 400-4390/14 од 5. децембра 2014. године, доставља, између осталих, Предлог закона о осигурању на даљи поступак и доношење. Податак да је ЗОС донет по хитном поступку налази се на стр.155 Образложења Предлога тог закона.

16 За Решење Уставног суда IУз-1243/2010, вид. фусноту бр.5.

б) Логична последица општеобавезујућег дејства одлуке Уставног суда Србије и ауторитета такве одлуке требало би да обезбеди јединство правног поретка, па и то да се иста или слична неуставна одредба не понови у другом закону.

в) На примеру усвајања Закона о осигурању са одредбом која је идентична са одредбом Закона о НБС, чија је неуставност утврђена у истом месецу и исте године када је донет Закон о осигурању, указује се да је неопходна координација свих субјеката који учествују у законодавним процесима, као и њихово превентивно деловање у циљу обезбеђења уставности и законитости и јединства правног поретка.

г) Уставно начело јединства правног система конституисано је како у циљу заштите јавног поретка тако и у циљу заштите појединачних права свих субјеката, с тим што захтева међусобну усклађеност свих прописа и појединачних правних аката заснованих на тим прописима.

Mag. Slobodan ILIJIĆ

Member of Presidency of the Lawyers Association of Serbia

ON THE MARGINS OF THE INSURANCE LAW

Summary

The Insurance Law came into legal force on December 26, 2014, and its implementation began on June 27, 2015. At the time of the adoption of the Insurance Law, the Constitutional Court of Serbia has announced the decision on incompatibility of the Article 86b of the Law on National Bank of Serbia with the Constitution of the Republic of Serbia. The Article 217 of the insurance law is identical to the Article 86b of the Law on the National Bank of Serbia. The decision of the Constitutional Court of Serbia in relation to Article 86b of the Law on the National Bank of Serbia shall have the effect of law. The author of the conclusions advocated for unity of the legal system, the authority of the Constitutional Court of Serbia and the need for coordination in the legislative process in order to avoid enacting the same law with the same article, which is identical to the Article of another law repealed by the decision of the Constitutional Court of Serbia.

Key words: *insurance law, National Bank of Serbia, Constitutional Court of Serbia, liability for damages, exemption from liability for damage.*

Мр *Катица* ТОМИЋ
Rechtsanwälte BVM, Беч

ТРЖИШТЕ ОСИГУРАЊА У ЊЕМАЧКОЈ И АУСТРИЈИ – КОМПАРАТИВНИ ПРИКАЗ

Резиме

Европски сектор осигурања прошао је кроз радикалну трансформацију која је почела 1990-их, а која се и даље се наставља. Дерегулација, имплементација ЕМУ,¹ напредак информацијске и комуникацијске технологије, повољна финансијска тржишта, помогло је да уклони важну препреку за прекограничну трговину између држава чланица. Међутим, стручњаци сматрају да поред значаја усуглашавања прописа у области осигурања, директну препреку за прекограничне активности представљају језичке разлике на јединственом тржишту осигурања ЕУ. Таква баријера не постоји између Њемачке и Аустрије, јер дијеле исти језик. Без обзира на разлике у величини, низ додатних сличности могу се проматрати на ова два тржишта. У овом раду ће се приказати компаративни приказ тржишта осигурања у Њемачкој и Аустрији.

Кључне речи: осигуравајућа друштва, тржиште осигурања, премија, VVG, VAG.

I Увод

Више од једног стољећа регулаторни закони њемачког и аустријског тржишта осигурања су били слични што је довело до сличне и успоредиве културе осигурања. Систем социјалног осигурања са доминантношћу система старосне пензије коју обезбијеђује држава или добро организирано здравствено осигурање (систем социјалног осигурања (Бизмар-

1 Економска и монетарна унија - ЕМУ је ступањ економске интеграције ЕУ који имплицира заједничку монетарну политику и уско координиране економске политике земаља чланица, а заснива се на заједничком тржишту производа и услуга које је потребно за његово добро функционирање.

ков модел)² су примјер сличности у пословном окружењу везаном за полове осигурања. Осим тога, технологија осигурања ових земаља се такођер може успоредити.³

Након имплементације заједничке валуте, може се очекивати да ће сличности између тржишта осигурања довести до повећања прекограничне активности између Њемачке и Аустрије. Осим тога, након дерегулације осигуравајуће индустрије у Њемачкој и Аустрији, домаћа конкуренција је повећана. Узимајући у обзир ове чињенице, од пресудне је важности за осигуравајућа друштва да конкурентске предности у осигурању постигну већом специјализацијом понуде, стварањем нових и усавршавањем постојећих услуга осигурања, пружањем већег избора у одабиру ширина осигуратељног покрића, кориштењем нових продајних канала, вођењем конзистентне пословне политике, као и стварањем позитивне слике о себи кориштењем појединих промотивних активности како би што ефикасније преживјели у таквом окружењу.⁴

Разлике у ефикасности осигуравајућих друштава у државама чланицама Европског јединственог тржишта осигурања у великој мјери ће одредити структуру националне индустрије осигурања. То се посебно односи на Аустрију, земљу са малим тржиштем осигурања у односу на Њемачку које је једно од највећих тржишта осигурања на Европском јединственом тржишту осигурања.

II Разлике и сличности између њемачког и аустријског закона

У Аустрији је 1939. године уведен њемачки Закон о уговору о осигурању (нем. *Versicherungsvertragsgesetz – dVVG*) из 1908. године који је замијенио аустријски *öVVG* из 1917. године.⁵ Након Другог свјетског рата

2 Овај модел назван је по Оту Бизмарку, тадашњем канцелару Прусије и представља најстарији систем здравственог осигурања који је настао са успостављањем првог законодавства са подручја здравства и здравственог осигурања у Немачкој 1883. године. Овај модел карактеризира да се доприноси за здравствено осигурање плаћају на основи рада, а управљање здравственим системом је препуштено интересним удружењима и њихову корпоративном договарању, иако под контролом државе. Бизмарков систем гарантује квалитетну здравствену заштиту, али је не обезбеђује целокупном становништву. Вид. Saltman, Busse, Figueras, *Social health insurance systems in western Europe*, Berkshire/New York, 2004.

3 Вид. Ранко Реновица, *Технологија осигурања*, Београд 2010.

4 Stephanie Hussels, Damian Ward, Ralf Zurbruegg, *Risk Management & Insurance Review*, No. 2/2005, 257-278.

5 Уредба за уједињење Закона о уговору о осигурању, RGBI I 2443

аустријски законодавац није вратио стари аустријски закон *öVVG* из 1917. године, и *dVVG* остао је на снази. Тек 1959. године, *dVVG* је замијењен специфичним аустријским Законом о уговор о осигурању (нем. *Versicherungsvertragsgesetz* 1958)⁶ који се скраћено означава (како би се избјегли неспоразуми) не као *VVG*, него *VersVG*. Аустријски *VersVG* из 1959. године није се знатно разликовао од *dVVG*, а промијене су углавном биле чисто језичке природе, док је садржај одредби остао више мање идентичан.

Овај паралелизам у правној ситуацији између Аустрије и Њемачке задржан је све до 1994. године. Занимљиво је да у периоду од 1959. до 1994. године аустријски *VersVG* никада није измијењен. Са друге стране, *dVVG* је био предмет неколико амандмана,⁷ а те су измјене и допуне биле мањег значаја и не може се отети опћи дојам о сукладности између аустријског и њемачког закон. Што се тиче разлика, оне су постојале углавном на разини надлежности.

Од 1994. године, разлике између правног система Аустрије и Њемачке су значајно порасле. 1994. године, *dVVG* је измијењен и допуњен Трећим законом о имплементацији Директиве ЕЕЗ са Законом о надзору осигурања (*Versicherungsaufsichtsgesetzes – VAG*), док су у Аустрији извршене три измјене и допуне закона од 1994. (измјене и допуне из 1992, 1994. и 1996. године). Ови амандмани, који су отишли много даље од извршених измјена и допуна у Њемачкој, снажно су модифицирали аустријски закон о осигурању, а разлике између правног система Аустрије и Њемачке су значајно порасле.

До 1994. године, интереси потрошача су били заштићени од стране надзорног тијела за осигурање. Надзорно тијело је морало одобрити „Опће увјете“ одређене у закону и начин обављања дјелатности осигурања, а тиме је постојала могућности да се утјече на њихову формулацију. Током 1994. године (у току provedбе Директива треће генерације),⁸ захтјев за службеним одобрењем „Опћих увјета“ је укинут. Аустријски законодавац због тога је одлучио донијети законске одредбе како би се задржао одређени минимум стандарда.

6 Савезни закон од 2. децембра 1958. године, BGB1 1959/2.

7 Било је само неколико мањих измјена и допуна одредби о обавезном осигурању од одговорности (пар. 158 с (4), осигурање од незгоде (пар. 180а), правни трошкови осигурања, опће одредбе (пар. 31). Детаљније погледати Prölss, Martin, *Versicherungsvertragsgesetz – Kommentar*, München, 1992.

8 Јасна Пак, *Право осигурања*, Београд, 2011, 85 и даље.

Нове одредбе су повољније за уговоре подузетника и потрошача. Средишње питање реформе закона односи се на: укидање начела недјељивости премија; правне посљедице закашњења у плаћању; иновације у области обавеза (*Obliegenheiten*). Параграф 8 (3) VersVG предвиђа посебну одредбу за потрошаче: потрошачи могу раскинути уговор о осигурању у трајању од више од три године на краја треће године (без навођења разлога).

III Тржиште осигурања у Њемачкој

Индустрија осигурања је један од најважнијих господарских сектора у Њемачкој,⁹ а многи међународни стручњаци сматрају као једно од најважнијих одрживих тржишта у ЕУ. Посљедња свјетска финансијска криза потврдила је ову чињеницу. Тржиште осигурања у Њемачкој преживјело је финансијску кризу без икаквих далекосежних проблема, а разлози су у дугој повијести постојања тржишта (ово није примјер тренутног успјешног развоја, али постоје чињенице, које показују потенцијал индустрије осигурања) и строга државна регулатива у области осигурања.

Према статистичким подацима о тржишту осигурања издат од Удружења осигураватеља у Њемачкој (*Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V –GDV*) за 2015.годину,¹⁰ у Њемачкој је у 2014. години пословало 548 осигуравајућих друштава (животно осигурање 87, здравствено осигурање 47, осигурање имовине / незгода 206, реосигурање 30), а према облику осигуравајућег друштва, 288 дионичарских друштва за осигурање, 257 друштва за узајамно осигурање, 17 осигуравајућа друштва јавног права и 6 остали (углавном њемачке установе страних осигуравајућих друштава).¹¹ У току 2012. године према годишњем извјештају ВаFin,¹² њемачка осигуравајућа друштва забиљежила су износ премије 231,778 милијарде еура.

9 Индустрија осигурања запошљава око пола милијуна људи, а генерира годишњи премијски приход од више од 180 милијарди еура у само примарном осигурању. Њемачки осигураватељи нуде осигурање приватним домаћинствима, samozапосленим особама и подuzeћима кроз око 460 милијуна уговора о осигурању. Више података доступно на адреси: <http://www.gdv.de/ueber-uns/>, 18.2.2016.

10 Више података доступно на адреси: <http://www.gdv.de/?s=statistik+2015&startdateday=1&startdatemonth=11&startdateyear=2002&enddateday=24&enddatemonth=2&enddateyear=2016&styp=pidocosearch&orderby=date&order=desc>, 18.2.2016.

11 Ови подаци су за 2013. годину.

12 Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), више података доступно на адреси: http://www.bafin.de/EN/Homepage/homepage_node.html, 14.2.2016.

Поред пружања покривености против мноштво ризика, индустрија осигурања у Њемачкој има важну улогу за gospodarство у цјелини као дуго-рочно оријентирани институционални инвеститор са инвестицијским портфељом од око 1.450 милијарди еура. Њемачка има водећи положај реосигураватеља у свијету и биланцу од око 30 посто глобалних премија реосигурања.¹³

1. Повијест тржишта осигурања у Њемачкој

Приватно осигурање у Њемачкој има своје коријене у три различита облика: друштва за узајамно осигурање (нешто између јавних и комерцијалних осигуравајућих друштава), јавна и комерцијална осигуравајућа друштва.¹⁴ Прва друштва за узајамно осигурање основана су у шеснаестом стољећу и пружали су услуге осигурања од пожара члановима одређених група као што су чланови удружења (тзв. *Brandgilden*).¹⁵ Међутим, ови први уговори о осигурању који су се састојали од узајамних јамстава и подупирали једни друге у случају несреће или катастрофе, знатно се разликују од данашње праксе осигурања. Почетак модерне, профитно оријентиране индустрије осигурања у Европи започео је у 14. стољећу и има своје коријене у Медитеранским земљама, као и у Енглеској и Низоземској.¹⁶

Осигурање зграда због ризика од пожара је било најпотребније због високог ступња штете проузрокованих пожаром. Прва банка за осигурање од пожара *Gothaer Feuerversicherungsbank* основана је 1821. године, а 1827. године *Gothaer Lebensversicherung*. Ове двије компаније основане су као друштва за узајамно осигурање. Сљедећи овај примјер, многа друштва за узајамно осигурање настала су у свим областима осигурања у другој половини деветнаестог стољећа.

13 Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V., Statistisches Taschenbuch der Versicherungswirtschaft 2015.

14 Детаљније о тржишту осигурања у Њемачкој вид. Eckhar, Wandel, „Banken und Versicherungen im 19. und 20. Jahrhundert“, *Enzyklopädie Deutscher Geschichte Band 45 Oldenbourg Verlag*, München, 1998, 59-65.

15 Повијесна претеча данашњег осигурања од пожара.

16 Eckhar, Wandel, 59. Битна разлика у односу на претходнике осигурању, била је чињеница да се први пут премије осигурања плаћају унапријед и укључене су у уговорима. Први уговори оваквог садржаја коришћени су за осигурање талијанских бродова у другој половини 14. стољећа. У неколико наредних година ова „иновација“ је направила свој пут до Енглеске, Шпанијолске, Низоземске и на крају Њемачке.

Први јавни осигураватељ у Њемачкој, *Hamburger General-Feuerkasse*,¹⁷ настао је спајањем многих *Brandgildena* 1676. године. Слиједећи овај примјер, многа друштва за узајамно осигурање за различите врсте осигурања основани су у готово свим њемачким покрајинама током осамнаестог и деветнаестог стољећа. Грађани су често били приморани од стране власти да осигурају своју имовину. Њемачко тржиште осигурања је било строго регулирано бројним законима, а влада је вршила надзор над овом граном индустрије.

У Њемачкој је тек средином осамнаестог стољећа основано прво комерцијално осигуравајуће друштво које се бави пословима животних осигурања.¹⁸ Један од главних фактора развоја индустрије животног осигурања била су открића у математици, посебно теорији вјероватноће.¹⁹ У првој половини деветнаестог стољећа, комерцијални осигуратељи су углавном били активни на три тржишта: транспортно осигурање, осигурање од пожара и животно осигурање. Деветнаесто стољеће је означило формирања великих дионичких друштава за осигурање.

Међутим, „коначни пробој“ за индустрију осигурања у Њемачкој започео је са првим социјалним законодавством 1881. године. Први закон о државном надзору над приватним осигуравајућим друштвима, Закон о надзору осигурања (*Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG*) донесен 12. маја 1901. године одредио је централно надзорно и регулаторно тијело.²⁰ Осим тога, *dVVG*²¹ донесен 31. маја 1908. године, уређивао је законска права и обавезе уговорних странака у уговорима о осигурању. Оба закона створила су законодавни темељ за приватну осигуравајућу индустрију и повећали утјецај државе на пословима осигурања.

Након Првог свјетског рата, њемачка индустрија је била уништена, а тежак ударац индустрији осигурања задало је одузимање имовине у власништву њемачких осигуравајућих друштава у савезничким земљама у комбинацији са високом инфлацијом. Влада је морала ријешити проблеме узроковане оваквим тржишним увјетима. Амандман на Закон о

17 *Hamburger General-Feuerkasse* основано 17. децембра 1676. године, прво је противпожарно осигуравајуће друштво у свијету и најстарије осигуравајуће друштво доступно јавности.

18 *Brockhaus Lexikonredaktion, Enzyklopädie*, 17th ed., Vol. 19, Wiesbaden, 1974, 560-561.

19 Peter Koch, *Pioniere des Versicherungsgedankens: 300 Jahre Versicherungsgeschichte in Lebensbildern. 1550-1850*, Wiesbaden, 1968, 254

20 *Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen*, RGBl. S. 139

21 *Gesetz über den Versicherungsvertrag*, RGBl. S. 263.

осигуравајућим друштвима од 1931. године²² знатно је повећао утјецај државе на приватна осигуравајућа друштва. Са друге стране, уведено је обвезно осигурање покривеност у неким областима (нпр. осигурању од одговорности за обртнике и власнике аутомобила). Током периода од 1933. до 1945. године, израван утјецај владе на осигураватеље и даље је у порасту. Само колапс индустрије 1945. године спријечио је планирану национализацију сектора осигурања.

Почетне година након Другог свјетског рата били су велики изазов за индустрију осигурања у Њемачкој. Приватно осигурање је забрањено и замијењено државним монополом у Совјетском (Источном) сектору Њемачке, а што је имало за посљедицу крај развоја приватног осигурања и притисак на постојеће компаније да се преселе на запад. На Западном сектору, регулација осигуравајућих друштава значајно се разликовала између Британске, Француске и САД-е зоне окупације, комплицирајући реконструкцију индустрије осигурања.

Све до 1951. године није постојао орган државног надзора над осигурањем, а ликвидација над седам осигуравајућих друштава проведена је 1947. године од стране Вијећа Савезничких снага. Ови осигураватељи изворно су била у власништву синдиката, а затим силом интегрирани у национално-социјалистичку државу као компаније *Deutsche Arbeitsfront* (Њемачка фронта рада). Повећање господарског раста од средине 1950-их и повољна политичка збивања као што је оснивање Европске економске заједнице (ЕЕЗ) 1957. године, омогућио је успоставу јаке и поуздане структуре у приватном тржишту осигурања у Њемачкој.

2. Правна структура

Осигуравајућа друштва у Њемачкој се могу основати у облику дионичарских друштва за осигурање, друштва за узајамно осигурање или осигуравајућа друштва јавног права. Већина осигураватеља су организирана у облику дионичарских друштава за осигурање и као таква чине око 80 посто волумена премија. Иако друштва за узајамно осигурања још увијек имају важну улогу с обзиром на њихов број на тржишту, њихов тржишни удио износи само око 14 посто од укупног броја волумена премија. Важност осигуравајућих друштава јавног права је мала како у погледу броја ових друштава тако и волумена премија.²³

22 *Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen*, 30.03.1931.

23 Установа јавног права је корпоративно тијело чије постојање и активности нису регулирани према приватним законским прописима већ прописима јавног права којим се обично уређује

Дионичарска друштва за осигурање су превладавајући правни облик осигуравајућих друштава²⁴ у приватном тржишту осигурања, а разлози за то могу се барем дјеломично објаснити организацијским²⁵ и капиталним увјетима²⁶ предвиђеним у VAG који се примјењују на осигураваатеља док год послује. Очито, дионичарска друштва пружају бољу основу за усклађеност с тим захтјевима.

Занимљиво је да је само око 20 посто дионичарских друштва котирају на бурзи.²⁷ Једно од објашњења је да њемачки прописи о осигурању забрањује обављање послова животног и здравственог осигурања, имовине и незгода под кровом једног правног лица, принцип *Spartentrennung* (одвајање послова у осигурању), одређен у пар. 106 (c)VAG.²⁸

Страним осигуравајућим друштвима је дозвољено да послују у Њемачкој, под увјетом да су њихове подружнице основане у Њемачкој и под надзором Федералног финансијског надзорног тијела (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin*).²⁹ Међутим, осигуравајућим друштвима из ЕУ дато је право пословања у Њемачкој, и то не само на основу оснивања правног лица на тржишту Њемачке, али и нудећи услуге из њихове изворне земље оснивања *Europass*. Надзор над тим осигуравајућим друштвима у надлежности је надзорног тијела у њиховој земљи поријекла.

Тренутно, на њемачком тржишту осигурања доминирају осигуравајућа друштва са сједиштем у Њемачкој с удјелом страних компанија под савезним надзором и износом премија које чине мање од 2 посто тржишта. Осигуравајућа друштва у страном власништву су врло активни на њемачком тржишту, а међу првих десет на тржишту осигурања спада,

однос између власти и грађана. Установа јавног права оснива се државним декретом и служи за јавну намјену дефинирану тим декретом. Овај законски облик оснивања има своје коријене у историјском господарском и државном развоју.

24 Владимир Чоловић, *Осигуравајућа друштва, законодавство Србије, право ЕУ, упоредно право*, Београд, 2010, 39 и даље

25 VAG, пар. 7.

26 53 VAG, пар. 22, 53.

27 Rolf Elgeti, Raimond Maurer, „Zur Quantifizierung der Risikoprämien deutscher Versicherungsaktien im Kontext eines Multifaktorenmodells“, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, 4/2000, 577-603.

28 Додатни механизам спрјечавања сукоба интереса између осигураника правне заштите и осигуратеља у Њемачкој познат је под називом *Spartentrennung*, односно одвајање послова у осигурању.

29 Више података доступно на адреси: http://www.bafin.de/DE/Startseite/startseite_node.html, 14.2.2016.

на примјер, *Generali Deutschland AG, Zürich Gruppe Deutschland*, и АХА. Међутим, ова осигуравајућа друштва историјски послују у Њемачкој кроз њихове подружнице који су основане у Њемачкој и подлијежу надзору од стране њемачких власти и због тога се статистички сматрају као њемачке компаније. Страна осигуравајућа друштва су само она која имају само своје представништво.

Што се тиче учешћа у осигуравајућим друштвима, не постоји опћенито ограничење за инвеститоре, а нема посебних законских ограничења у вези страних инвеститора. Међутим, посебни захтјеви за власнике значајних удјела осигурања (тј. више од 10% капитала) су одређени у VAG.³⁰ На примјер, ако инвеститор намјерава стећи значајно учешће осигураника, надзорно тијело мора бити обавијештено. Под одређеним прилично рестриктивним околностима (нпр. ако, након учешћа, ефикасан надзор осигуравајућа није могуће), надзорно тијело може одгодити или забранити трансакције.

IV Тржиште осигурања у Аустрији

Аустрија је мала земља са популацијом око 8.4 милиона људи. Ова чињеница свакако се одражава и у величини тржишта осигурања. Осигуравајућа индустрија строго је регулирана у Аустрији у односу према другим европским земљама.

Аустрија је постала члан Европске уније 1. јануара 1995. године. Прије уласка Аустрије у ЕУ, аустријска осигуравајућа индустрија завршила је процес усуглашавања свог правног оквира са Директивом о јединственом тржишту из 1994. године.³¹ Осигуравајућа индустрија у Аустрији у процесу транзиције према јединственом тржишту осигурања слиједила је њемачку филозофију регулације осигурања и примијењен је материјални приступ обезбјеђујући претходну контролу производа осигурања и цијена.

Да би се припремили за Европско јединствено тржиште осигурања, осигуравајућа друштва у Аустрији имплементирали су програме управљања како би повећали учинковитост производа. То је укључивало бројна спајања и аквизиције која су се требали проматрати као потенцијалне пријетње конкурентном и учинковитом тржишту у САД-у, а чији

30 VAG, пар. 104.

31 Јединствено Европско тржиште осигурања основано је 1. јула 1994. године, шест мјесеци прије него што је Аустрија постала чланицом Европске уније. Аустрија је испунила одредбе Директиве треће генерације осигурање 30. септембра 1994. године.

результат је требао побољшати учинковитост производа, привући и задржати потрошаче поред стране конкуренције. Аустријски осигураватељи су поставили нови значај на дистрибуцијском саставу и увели низ нових производа.

1. Индустија осигурања у Аустрији

Готово сви осигураватељи са сједиштем у Аустрији чланови су Аустријског осигуравајућег удружења (*Versicherungsverband Österreich – VVO*), који представља интересе свих приватних осигуравајућих друштава која послују у Аустрији и пружа подршку својим члановима у правним, економским и међународним питањима. Осигуравајућа индустрија строго је регулирана у Аустрији и као резултат тога десетљећима нити једно осигуравајуће друштво није проглашено инсолвентно.³²

У Аустрији традиционално доминирају композитни осигураватељи. То се односи на осигуравајућа друштва који се баве својим пословним активностима у више од једне скупине биланце стање (тј. животно осигурања, здравствено осигурања, неживотних и осигурање од незгоде).

Одредба о раздвајању врсте осигурања која је ступиле на снагу у Аустрији потписивањем Уговора о Европском господарском простору 2. маја 1992. године се не односи на бројна аустријска осигуравајућа друштва. То је из разлога што многа осигуравајућа друштва су пословала као композитни осигураватељи прије него што је Споразум потписан и због тога им је допуштено да наставе своје пословне активности без ограничења.

Крајем децембра 2014. године, 30 осигуравајућих друштава из ЕЕА пословали су у Аустрији преко подружнице, а 953 твртке су регистриране за пружање услуга осигурања у Аустрији. Од 2010. године само једно страно осигуравајуће друштво из треће земље (изван ЕЕА) остало је лиценцирано у Аустрији, а то је *Helvetia Versicherungen AG* из Швицарске.³³

Од почетка јула 1994. године, земља поријекла је принцип примијењен на разини лиценцирања у цијелој Европи на Европском унутрашњем тржишту осигурања који покрива све земље ЕЕА (Европског господарског простора). Према томе, аустријски осигураници и осигураници из других земаља ЕЕА могу узети осигурање од осигуравајућих друштава која имају регистрану своју канцеларију у другој држави члани-

32 Philipp Scheuba, Insurance and Reinsurance, Boller, 2013, доступно на адреси: http://www.bls4law.com/fileadmin/medien/Versicherungsrecht_2013.pdf, 13.2.2016.

33 Више података доступно на адреси: <https://www.helvetia.com/at/content/de/home.html>, 13.2.2016.

ци ЕЕА, а не ограничавати се на осигуравајућа друштва са сједиштем у властитој земљи.

Европско унутрашње тржиште осигурања омогућује осигуравајућим друштвима која имају своје сједиште у другој држави чланици ЕЕА као и важеће лиценце за рад преко подружница да обављају своје пословне активности и/или према слободи пружања услуга, без потребе за набавком нове лиценце (принцип једне лиценце) од надлежног иноземнога тијела. Како би обављали послове осигурања у другој земљи ЕЕА, осигуравајуће друштво је дужно извршити регистрацију у својој земљи поријекла и доставити одређене документе. Земља домаћин надлежна је у земљи у којој осигуравајуће друштво има регистрирано своје сједиште. То је домаће надлежно тијело, а не страног надзорно тијело државе у којој осигуравајуће друштво обавља дјелатност, а које је првенствено одговорно за надзор.

2. Пословни увјети за аустријска осигуравајућа друштва

Вођење послова осигурања у Аустрији захтјева лиценцу коју издаје Аустријски финансијски тржишни орган (*Österreichische Finanzmarktaufsicht* – ФМА). Лиценца за обављање послова животног осигурања и лиценца за послове других врста осигурања са изузетком осигурања од незгода и здравственог осигурања су узајамно искључени. Подружнице нису субјект овог искључења.

ФМА врши надзор над обављањем дјелатности осигурања домаћих осигуравајућих друштава у границама издате лиценце. ЕУ / ЕЕА осигураватељи, осигуравајућа друштва које се баве пословима осигурања на прекограничним основама у Аустрији на основу европског пасоша су предмет домаћег надзора.

Осигуравајућа друштва која нису из ЕУ / ЕЕА, осигураватељи које затраже лиценцу за обављање послова осигурања у Аустрији и којима је ФМА издао лиценцу, укључујући и осигураватеље који су под контролом од стране матичног друштва са сједиштем изван ЕУ / ЕЕА (енг. *parent company*) су предмет супервизије ФМА.

Аустријски Закон о надзору у осигурању (VAG) је претрпио измјене и допуне да би трансформирао Директиву 2007/44/ЕЗ³⁴ у вези поступака и критерија за пруденцијалну процјену стјецања или повећања удјела у

34 Директива 2007/44/ЕЗ Европског парламента и Вијећа од 5. септембра 2007. којом се мијења Директива Вијећа 92/49/ЕЕЗ и Директиве 2002/83/ЕЗ, 2004/39/ЕЗ, 2005/68/ЕЗ и 2006/48/ЕЗ (у даљњем тексту: Директива 2007/44/ЕЗ).

финанцијском сектору у аустријском правном оквиру. У том погледу особе које самостално или заједно са другим особама, а) желе да стекну директне или индиректне пословне удјеле у домаћем осигуравајућем подuzeћу, а који ће резултирати да у њима држе најмање 10% дионичарског капитала или гласачких права или одлучујући утјецај на руковођење на било који начин; или б) већ држе удјеле у домаћем осигуравајућем друштву и повећају свој удјел директно или индиректно на такав начин тако да су досегли или прекорачили лимит 20%, 30% (умјесто једне трећине) или 50% дионичарског капитала или гласачких права, или на такав начин да осигуравајуће друштво постаје његова подружница, се обавезује да ће обавијестити FMA у писаном облику на темељу спецификације износа споменутог мањинског удјела и информације према европској пракси у том подручју.

Иста обавеза обавјештавања важи и у случају дезинвестирања. Такођер, домаћа осигуравајућа друштва морају обавијестити FMA одмах када сазнају за таква стјецања. У случају неусклађености, FMA може затражити од одговарајућег Окружног трговачког суда (нем. *Handelsgericht*) налог за суспензију гласачког права за те дионице и пренијети права гласа на повјереника који испуњава захтјеве који су у интересу рационалног управљања осигуравајућег друштва.

FMA мора потврдити пријем пријаве у року два радна дана и издати административну одлуку (нем. *Bescheid*) којом се забрањује или дозвољава аквизиција у најдужем року у трајању од 60 радних дана (понедељак до петка).

Директива 2009/138/EЗ (Солвентност II)³⁵ успоставља нови и модерни регулаторни систем солвентности за осигураватеље и реосигураватеље у Европској унији, а имплементација новог законодавног оквира у

35 Правним оквиром Солвентност II европски законодавац полази од регулацију утемељену на три ступа. Првим ступ садржава захтјеве који се односе на осигурање адекватних финансијских ресурса (квантитативни захтјеви што укључују властита средства, техничке причуве и израчун капиталних захтјева SCR (*Solvency Capital Requirements*) и MCR (*Minimal Capital*) које осигуравајуће друштво мора обезбиједити да би било солвентно. Ступ II садржава захтјеве који се односе на успостављање и примјену одговарајућег система управљања у друштвима, односно пред друштва за осигурање поставља квалитативне захтјеве учинковитог система управљања ризицима редовитом процјеном и самопроцјеном ризика и солвентности (ORSA – *Own Risk and Solvency Assessment*). Ступ III садржи захтјеве који се односе на повећање транспарентности и доступност информација свим тржишним учесницима, а чиме се повећава тржишна дисциплина и осигурава стабилност друштава за осигурање. Детаљније вид. В. Чоловић, 205.

национална законодавства држава чланица, уз претходно доношење проведених мјера, у знатној ће мјери придонијети успостави јединственог поступања при провођењу надзора над тржиштем осигурања. Ово доводи до стварања новог VAG 2016.³⁶

V Закључак

Аустрија и Њемачка дијеле сличан регулаторни систем осигурања, индустрија осигурања показује успоредиве културе осигурања и пружају сличне услуге. Такођер, технологија осигурања је слична на оба тржишта осигурања. Аустријско тржиште осигурања је мало тржиште у односу на тржиште осигурања у Њемачкој. С обзиром да величина тржишта утјече и на број осигуравајућих друштава, може се закључити да је просјечно осигуравајуће друштво у Аустрији мање од осигуравајућег друштва у Њемачкој и то ствара недостатке у величини и у обиму пословања у економском смислу. Мало тржиште осигурања може бити фактор који чини аустријско тржиште осигурања релативно неатрактивном локацијом за нова осигуравајућа друштва у упоредби са Њемачком. Њемачка има једну од највећих тржишта осигурања у свијету, а дом је неколико великих мултинационалних осигуравајућих друштава који доминирају на тржишту, а од којих многе покушавају се прошири на инострано тржиште у свјетлу ограниченог развоја на домаћем тржишту. Ту је и простор за будуће консолидације међу мањим фирмама будући да је тржиште фрагментирано са великим бројем фирми са малим удјелом премија. Њемачко и аустријско тржиште осигурања користе предности међусобне географске близине, заједничког језика, осигуравајућих производа истог стандарда, иста монетарна валута, нулта стопа царине за земље чланице ЕУ. Након дерегулације тржишта осигурања 1994. године, реформе закона, разлике између правног система Аустрије и Њемачке су значајно порасле. Тенденција извршене реформе је свакако позитивна, јер VersVG 1959 није испунио модерне стандарде заштите потрошача. Ипак, мора се критизирати да су промјене извршене превише селективно и без систематског разматрања. Ове реформе су знатно пореметили паралелизам у правном систему Аустрије и Њемачке који је очуван 55 година. Иако се чини да су измјене и допуне VVG у Њемачкој планиране, тешко је очекивати да ће ове промјене значајно смањити јаз који је настао између аустријског и њемачког закона. У великој мјери усклађеност закона изме-

36 VAG 2016 је објављен у Службеном гласнику 20.02.2015 (BGBl. I бр. 34/2015) и ступио је на снагу 01.01.2016.

ђу ове двије земље сада припада прошлости. Ово је поражавајуће са перспективе мале земље као што је Аустрија која у будућности неће моћи рачунати на далеко веће изворе њемачке науке о осигурању и судску праксу њемачких судова, а коментаре закона, Аустрија (њени правни теоретичари) ће сами морати писати. Осим тога, чини се прилично анахроно у вријеме Европских интеграција различити правни развој сусједних земљама које много више ствари повезује него што их дијели.

**Katica TOMIĆ, Mag.
Rechtsanwälte BVM, Vienna**

AUSTRIAN AND GERMAN INSURANCE MARKET

Summary

The European single insurance market has almost completed the harmonization of its legal framework. By introducing the Euro, the European Union removed another important barrier to cross border trade between the member states. However, experts believe that beside the importance of harmonization, or coordination, of some areas of insurance regulation, differences in the language are one of the most important obstacles for cross-border activities in the personal lines business on the European single insurance market. Sharing the same language, this barrier does not exist between Germany and Austria. Despite the differences in size, a number of additional similarities and differences can be observed on these two markets. In this study we examine the efficiency of the insurance markets of Germany and Austria.

Key words: *insurance market, premium, insurance supervisory law, insurance contract law.*

др **Ненад ГРУЈИЋ**

Generali Osiguranje Srbija а.д.о. Београд

Сарадник у настави на Правном факултету УУБ

Аида МУСЛИЈОВИЋ, мастер права

Generali Osiguranje Srbija а.д.о. Београд

СПРОВОЂЕЊЕ ОБАВЕЗЕ ПРЕДУГОВОРНОГ ИНФОРМИСАЊА КОРИСНИКА УСЛУГЕ ОСИГУРАЊА У ПРАКСИ ОСИГУРАВАЈУЋИХ ДРУШТАВА КОД НАС

Резиме

Аутори у овом чланку обрађују обавезу предуговорног информисања потенцијалних корисника услуге осигурања од стране осигуравајућих друштава, засновану на одредбама Закона о осигурању. При томе настоје да укажу на потребу за постављањем одређених руководних принципа у вези с испуњавањем обавезе предуговорног информисања а све са циљем остварења претходно дефинисаних циљева односно сврхе предуговорног информисања. Тако аутори постављају три основна принципа предуговорног информисања: 1) индивидуални приступ обавези предуговорног информисања; 2) сажето, јасно и разумљиво информисање; 3) благовремено информисање. Централни део чланка је посвећен појединачним информацијама које су осигуравајућа друштва дужна да саопште потенцијалном уговарачу осигурања пре закључења уговора о осигурању, с посебним акцентом на праксу осигуравајућих друштава код нас у периоду након ступања на снагу новог Закона о осигурању. Поред садржине сваке конкретне информације која се саопштава потенцијалном уговарачу осигурања и проблемима који се у пракси јављају код појединих, аутори се баве и питањем доказивања испуњења ове обавезе од старне осигуравајућих друштава.

Кључне речи: *предуговорно информисање, уговор о осигурању, друштво за осигурање, уговарач осигурања, корисник услуге осигурања, Закон о осигурању.*

I Појам, циљ и основни принципи предуговорног информисања корисника услуге осигурања

У овом раду анализираћемо обавезне елементе и садржину информација које су осигуравачи дужни да саопште корисницима услуга осигурања према новом Закону о осигурању¹ као и спровођење ове обавезе од стране осигуравајућих друштава која послују у Републици Србији у досадашњој примени Закона о осигурању.

Обавеза пружања одређених, обавезних информација уговарачу осигурања уједно је и једно од основних права корисника услуга осигурања као потрошача, које подразумева право на адекватно информисање пре закључења, али и током трајања уговора о осигурању и може се дефинисати као посебан вид заштите корисника услуге осигурања. Реч је о тзв. информацијском моделу заштите потрошача.²

Обавеза пружања предуговорних информација о битним елементима и карактеристикама услуге осигурања има два циља. Први циљ је да потенцијални уговарач осигурања, пре закључења уговора о осигурању располаже свим информацијама о услузи коју намерава да уговори, како би могао да је упореди са истим или сличним услугама на тржишту осигурања, што треба да му омогући да донесе одлуку и изабере производ на основу свих добијених информација, а који најбоље одговара његовим потребама.³ Други циљ обавезе пружања предуговорног обавештења лежи у потреби да се обезбеди равноправност уговорних страна. Наиме, осигуравач је тај који има више информација о професионалним подацима (рецимо начину обрачуна висине премије, осигураним ризицима, искључењима и сл.) од уговарача осигурања који је по правилу неука страна за ову врсту услуга. Међутим, за разлику од обавезе уговарача осигурања да пре закључења уговора обавести осигуравача о околностима битним за процену ризика⁴, традиционално није постојала адекватна обавеза на страни осигуравача да о информацијама које су само њему познате, а не и уговарачу осигурања, информише уговарача осигурања, пре закључења уговора и тиме отклони ову неједнакост.

1 Закон о осигурању („Сл. гласник РС“, бр. 139 /2014), ступио на снагу 26. 6. 2015.

2 О томе више видети: А. Keglević, „Obaveza obaveštavanja kao instrument zaštite potrošača s posebnim osvrtom na potrošački ugovor o osiguranju“, у *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, бр. 10, Мостар, 2012., стр. 420-421.

3 Слично томе: К. Иванчевић, „Законска обавеза информисања потрошача и обмалујуће половање“, у *Право и привреда*, 4-6/2012, Београд, стр. 506-507.

4 Видети: чл. 907- 911. Закона о облигационим односима (“Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, “Сл. лист СРЈ”, бр. 31/93 и “СЛ. лист СЦГ”, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

Приликом испуњавања обавезе предуговорног информисања осигуравач треба да тежи остварењу циљева предуговорног информисања како смо их претходно дефинисали. Да би испунио наведене циљеве и тако остварио сврху предуговорног информисања, осигуравач приликом испуњавања обавезе предуговорног информисања мора да поступа по одређеним начелима, у противном сврха предуговорног информисања може остати неостварена. Ти општи принципи, односно начела, су: 1) индивидуални приступ обавези предуговорног информисања; 2) сажето, јасно и разумљиво информисање; и 3) благовремено информисање.

Индивидуални приступ обавези предуговорног информисања подразумева да је осигуравач дужан да потенцијалном уговарачу осигурања саопшти индивидуално одређене информације, а не генералне информације о неком од производа осигуравача. Потребно је да предуговорне информације буду индивидуализоване, и то у два правца. Прво, информације треба да се односе на конкретног уговарача осигурања односно осигураника и друго, треба да се односе на конкретни уговор о осигурању.

Сажето, јасно и разумљиво информисање подразумева да информације које се дају уговарачу осигурања морају бити јасне и разумљиве, да осигуравач треба да настоји да не користи изразе и појмове који просечном кориснику услуге осигурања нису познати или их не разуме, већ треба да се користи речником који је прилагођен разумевању тзв. просечног потрошача. У вези са јасноћом и разумљивости предуговорног информисања јесте и питање обима информација које се предају уговарачу осигурања. Наиме, да би се циљ предуговорног информисања остварио, информације које осигуравач пружа уговарачу осигурања пре закључења уговора о осигурању морају бити сажете и прегледне. Превелики број информација по правилу доводи до тога да уговарачи осигурања једноставно неће детаљно прочитати предуговорно обавештење односно да се неће ваљано упознати са информацијама које му саопштава осигуравач.⁵

Благовремено информисање подразумева да, уколико осигуравач не би уговарачу осигурања саопштио информације о будућем уговору о осигурању благовремено, а то значи остављајући му довољно времена да се са њима упозна и да самостално донесе одлуку о закључењу уговора,

5 Искуство нам говори да су поједина осигуравајућа друштва у Републици Србији пре доношења Закона о осигурању обавезу предуговорног обавештавања, која је тада била прописана само одредбама Закона о заштити потрошача, испуњавала тако што су осигураницима предавала (или их само упућивала на сајт где су могли да преузму или прочитају) предуговорна обавештења која су садржала и по неколико десетина страница.

предуговорно информисање не би остварило своју сврху. Када ће предуговорно информисање бити благовремено, јесте питање на које није лако дати одговор. Ако пођемо од језичког тумачења одредбе чл. 82. ст. 1. Закона о осигурању, произлази да је довољно да осигуравач обавезу предуговорног информисања испуни пре закључења уговора, па чак и када је то учинио непосредно пре закључења уговора.⁶ Међутим, такво тумачење се не би могло прихватити. Ниаме, предуговорно информисање има смисла само уколико је осигуравач оставио уговарачу осигурања довољно времена да се упозна са садржином информација које му је предао како би могао да схвати њихов значај, размисли о њима и донесе одлуку која одговара његовим интересима.⁷ Који је то моменат пре закључења уговора, фактичко је питање и зависи од неколико околности: од сложености и обима информације, од врсте уговора о осигурању, од дужине трајања уговора, способности уговарача осигурања⁸ итд.⁹

II Садржина предуговорног информисања

Полазећи од циљева предуговорног информисања које смо утврдили, као и основних принципа којима осигуравачи треба да се руководе приликом испуњавања обавезе предуговорног информисања, погледајмо сада шта би садржина предуговорне информације требало да обухвати и на који начин. Као што смо већ рекли Закон о осигурању у члану 82. прописује минимум информација¹⁰ које је осигуравач дужан да саопшти уговарачу осигура-

6 Видети: чл. 82. ст. 1 Закона о осигурању.

7 Слично томе видети: К. Иванчевић, *о. с.*, стр. 506-507; . Чоловић, „Обавеза обавештавања уговарача осигурања и осигураника као вид заштите потрошача“, у *Право и привреда*, 4-6/2014, Београд, стр. 577.

8 Супротан став да не треба у обзир узимати знања и искуства конкретног уговарача осигурања, већ да треба водити рачуна о времену потребном просечном уговарачу осигурања да се упозна са садржајем предуговорне информације: „Насупрот томе, да би се спречила правна несигурност, не посећује се пажња посебним околностима конкретног случаја, нарочито личности уговарача осигурања.“ М. Vandt, *Versicherungsrecht*, 5. Auflage, Köln, 2010, стр. 112, наведено према: Н. Петровић Томић, *Заштита потрошача услуге осигурања*, Београд, 2015, стр. 183.

9 Исто: D. Samardžić, „Јачање положаја потрошача у њемачком приватном праву осигурања“, у *Анали правног факултета универзитета у Зеници*, 14/2014, Зеница, стр. 192; К. Leverenz, „Wann ist die Vertrag-sinformation „rechtzeitig“?“, у *Versicherungswirtschaft*, 5/2008, Karlsruhe, стр. 392; М. Турковић, „Обавеза осигураватеља на предуговорно информисање евентуалног уговаратеља осигурања“, у *Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 7/2009, Мостар, стр. 229.

10 Чл. 82. ст. 1 Закона о осигурању прописује да је друштво за осигурање дужно да пре закључења уговора обавести уговарача осигурања најмање о информацијама које потом таксативно набраја. Из тога проилази да је осигуравач дужан да упозна уговарача осигурања и са другим информацијама које су од значаја за остваривање сврхе предуговорног. Које су то додатне

ња пре закључења уговора о осигурању, при чему посебно издваја додатне информације које се саопштавају пре закључења уговора о животном осигурању. Пратећи систематику законодавца, у наставку рада ћемо обрадити садржину сваке од информација коју Закон о осигурању предвиђа.

1. Заједничка садржина предуговорног информисања код уговора о неживотном и животном осигурању

Законодавац прво прописује листу од укупно десет информација које је осигуравач дужан да саопшти уговарачу осигурања пре закључења уговора, било да се ради о уговору о неживотном осигурању било да се ради о уговору о животном осигурању. Сваку од ових информација ћемо обрадити појединачно, трудећи се да имамо у виду специфичности сваке информација.

а) Информација о пословном имену, правној форми, седишту и адреси седишта друштва за осигурање са којим се закључује уговор

Информација о друштву за осигурање прва је информација са којом би потенцијални уговарач осигурања требало да се упозна, како би могао донети одлуку да ли ће баш са том осигуравајућом кућом сарађивати. Иако, због репутације, ранијег искуства и других околности, ова информација има одређени значај и сада приликом доношења одлуке о закључењу уговора, сматрамо да ће ова одредба своју пуну оправданост имати тек у случају приступања Републике Србије Европској унији, када ће бити потребно да се уговарач осигурања обавести о држави у којој се налази седиште или огранак друштва за осигурање са којим закључује уговор о осигурању. У сваком случају, приметно је да, на основу нама доступних предуговорних обавештења наших друштава за осигурање, се подаци о имену друштва за осигурање непотребно дуплирају, па чак и три пута наводе у оквиру информације која се уручује уговарачу осигурања.¹¹

информације, то би требало процењивати од случаја до случаја, а у зависности од специфичности конкретне услуге осигурања. У пракси су се као додатне информације, између осталог, наметнуле информације о обавештавању уговарача осигурања да осигуравач његове личне податке користи у сврху испуњавања уговорних обавеза и да их у ту сврху чини доступним трећим лицима којима их је неопходно учинити доступним ради испуњавања права и обавеза из уговора о осигурању. На овај начин осигуравачи задовољавају једну другу обавезу предвиђену одредбом чл. 15. Закона о заштити података о личностима („Сл. гласник РС“, број 97/2008, 104/2009- др. закон, 68/2012 – одлука УС и 107/2012).

11 Као пример за овакву праксу, са сувишним информацијама, којена три места садрже податак о друштву за осигурање и то првенствено на меморандуму, затим у преамбули обавештења, а касније и као ставка 1. обавезних информација: Видети на: <http://www.ddor.rs/wp-con->

*б) Информација о условима осигурања и праву које се примењује
на уговор о осигурању*

Информација о условима осигурања који се примењују на будући уговор о осигурању је, као обавезан елемент предуговорног информисања, оправдана због њеног значаја за осигураника у доношењу одлуке да ли ће се уговор о осигурању закључити. Иако он текст услова добија тек по закљученом уговору, односно, најраније приликом закључења уговора, значајно је да уговарач осигурања има сазнања да постоје услови који ће се примењивати на будући уговор, с обзиром да услови чине саставни део уговора, како би знао пре свега да постоје правила која је прописао осигуравач, а која му намећу одређене обавезе и предвиђају одређена права, због чега би приликом закључења уговора о осигурању требало колико толико да се упозна са њима.

Поставља се питање обавезности пружања информације која се тиче меродавног права с обзиром да се у нашем праву уговори о осигурању још увек закључују само код осигуравајућег друштва регистрованога у Републици Србији, те се зна које право ће се применити и то ће бити тако све до приступања наше државе Европској унији.¹² У том смислу се не види пуно оправдање ове обавезе осигуравача.¹³ Напротив, сматрамо да ће ова одредба само створити проблеме у пракси, јер постоји могућност да се друштва за осигурање одлуче за таксативно набрајање законских прописа који се примењују на уговор о осигурању, при чему постоји оправдана бојазан не само да је то немогуће каузистички спровести, будући да се на уговор примењују сви позитивни прописи који су важили у време закључења уговора, већ да ће само створити заблуду на страни уговарача осигурања који може оправдано веровати да се на уговор о осигурању примењују само наведени, а не и други прописи.

Имајући претходно у виду, сматрамо да би осигуравачи ову своју обавезу сасвим адекватно испунили информацијом да се на уговор о осигурању примењује право Републике Србије.

tent/uploads/2015/11/Predugovorno-obavestenje-osiguranje-Pomoc-na-putu-Internet.pdf, посећено 11. 4. 2016.

12 Закон о осигурању посебним одељком дефинише Одредбе које ће се примењивати након приступања Републике Србије Европској унији (ЕУ), па се, сходно томе, оправдање законодаваца за давање информације о меродавном праву може наћи тек након приступања Србије у ЕУ.

13 Слично томе: П. Шулерић, „Заштита потрошача и уговор о осигурању“, у *Правни живот*, бр. 3-4/2008, Београд, стр. 48.

в) Информације о важењу уговора

Када је реч о информацијама о важењу уговора, осигураваач би требало уговараача осигурања да обавести о тачном периоду важења уговора о осигурању који уговараач осигурања намерава да закључи. Под тачним периодом важења уговора подразумева се моменат почетка важења уговора (тачна година, месец, дан и час почетка важења уговора), затим период трајања важења уговора (у данима, месецима или годинама) и на крају моменат престанка важења уговора (тачна година, месец, дан и час). При томе ако се моменат почетка важења уговора не поклапа са периодом покрића у којем осигурање важи и производи дејства, то би требало уговараачу осигурања посебно нагласити. Ако је условима осигурања предвиђено да без обзира на уговорени период трајања уговора о осигурању, он неће производити дејства све до уплате премије осигурања (у целости или делимично), информација о томе би морало да представља саставни део предуговорног обавештења о важењу уговора о осигурању, и не само то већ и да посебно буде наглашена уговараачу осигурања. Такође, искуство нам говори да би осигураваачи требало, у случају када се уговора закључење вишегодишњег уговора о осигурању са годишњим плаћањем премије осигурања са обавезом осигураваача, да за сваки нови годишњи период трајања осигурања изда тзв. обрачунску полису са исказаном примом осигурања за наредни годишњи период осигурања, није реч о једногодишњем уговору о осигурању, већ о вишегодишњем, а да полиса која се издаје сваке године представља само потврду осигурања за наредни годишњи период трајања уговора са висином премије за тај период.

На основу наведеног, нпр. ако уговараач осигурања намерава да закључи уговор о путном здравственом осигурању, осигураваач би био дужан да му наведе тачан дан и час почетка трајања уговора о осигурању као и тачан дан престанка уговора о осигурању, уз напомену да без обзира на уговорено време трајања уговора, осигурано покриће почиње тек мометом преласка државне границе као и да престаје повртаком у Републику Србију (без обзира што можда уговорени период трајања уговора још није истекао).

Погрешно би било у вези са овом обавезом предуговорног информисања обавештавати осигураваача на општи начин. У том смислу се не може сматрати испуњеном обавезом предуговорног информисања када осигураваач наведе само да се уговор о осигурању закључује на неодређено или одређено време, као једногодишњи или вишегодишњи, или да је период важења уговора одређен на полиси, да се одређује по захтеву уго-

варача осигурања¹⁴ или било који други начин уопштеног обавештавања уговарача осигурања о периоду важења уговора.¹⁵

г) Информације о ризицима покривеним осигурањем и искључењима у вези с тим ризицима

Можда најбитнији део предуговорног информисања код неживотних осигурања јесте део који се односи на информације о ризицима који су покривени осигурањем и искључењима у вези с тим ризицима. Ово због тога што је најбитније за уговарача осигурања да зна које ризике осигурање покрива, а који ризици нису покривени осигурањем, јер само тако може на прави начин да разуме производ који купује и који због тога жели да упореди с другим истим или сличним производима.

У вези с тим, битно је правити разлику код појединих врста осигурања где осигураник може да бира ризике од којих се осигурава (нпр. код осигурања домаћинства осигураник може да изабере ризик пожара, а да не изабере ризик излива воде из инсталација, или ризик поплаве) с једне стране и оних врста осигурања где осигураник нема право избора ризика већ има само право да прихвати или не прихвати пакет осигураних ризика и покрића које нуди осигуравач. Ово истичемо јер је у другом од наведе-

14 Као пример неадекватног информисања уговарача осигурања о времену важења уговора, видети: Информације за уговарача осигурања које се у складу са законом о осигурању достављају пре закључења уговора о осигурању, односно при изменама, допунама или продужењу Уговора о осигурању, TRIGLAV OSIGURANJE а.д.о. Београд, доступно на: http://www.triglav.rs/wps/wcm/connect/687a0368-61d8-4c15-817a-df953911bd03/Pred_Obav_MIVanovic_osiguranje+lica+od+posledica+nesrecnog+slucaja.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=687a0368-61d8-4c15-817a-df953911bd03, последњи пут посећено дана 10. 4. 2016; Предуговорно обавештење о карактеристикама финансијске услуге и битним елементима уговора о пакету путног здравственог осигурања закљученим путем интернета ДДОР Нови Сад а.д.о. Нови Сад, доступно на: <http://www.ddor.rs/wp-content/uploads/2015/11/Predugovorno-obavestenje-paket-PZO-sa-asistencijom-Internet.pdf>, последњи пут посећено дана 10. 4. 2016.

15 Изузетак у том смислу би могао једино да буде случај куповине осигурања преко интернета. Наиме, у том случају уговарач осигурања преко интернет странице осигуравајућег друштва самостално попуњава параметре на основу којих се израчунава премија осигурања и издаје потврда о закљученом уговору о осигурању, с тим што пре него што приступи попуњавању потребних параметара (од којих је један свакако и трајање осигурања) уговарач осигурања бива информисан о потребним информацијама, а у том тренутку, осигуравач још не може да зна на који период уговарач осигурања жели да закључи уговор о осигурању (будући да је реч о параметру који се попуњава након што обавеза предуговорног информисања буде извршена). У том случају би се могло сматрати довољним да осигуравач информише уговарача осигурања да он (уговарач) самостално бира период трајања уговора приликом куповине осигурања путем интернета односно приликом попуњавања тражених параметара за уговор.

них случајева веома битно да осигуравач јасно и разумљиво укаже уговарачу осигурања који су ризици покривени осигурањем. У обе ситуације једнако важи правило да би осигуравач у предуговорној информацији требало да наведе само оне ризике који ће заиста бити покривени будућим уговором о осигурању који уговарач осигурања намерава да закључи, било да их је уговарач сам изабрао или су дати од стране уговарача.

Према томе, осигуравач би у предуговорној информацији за уговарача осигурања морао да наведе тачно оне ризике које је ће обухватити будући уговор о осигурању и само њих. Навођење свих могућих ризика који могу бити покривени одређеном врстом осигурања уз напомену да ће бити осигурани само оне које изабере уговарач осигурања, не би се сматрало прихватљивим с аспекта остваривања сврхе предуговорног информисања, јер могу довести у заблуду уговарача осигурања да су и они покривени уговором о осигурању. Једнако неприхватљиво би било само позивање осигуравача на то да су ризици наведени у условима осигурања,¹⁶ јер би то значило да уговарач осигурања није благовремено информисан у осигураним ризицима, будући да се услови осигурања предају уговарачу осигурања тек у моменту закључења уговора о осигурању.

Још битније од ризика који су покривени будућим уговором о осигурању јесу искључења у вези с тим ризицима. Ово због тога што се највећи број приговора која друштва за осигурање добијају у вези са својим услугама тиче управо тога да уговарачи осигурања/осигураници нису били упознати са искључењима у вези са појединим осигураним ризицима у моменту закључења. Додатни проблем у вези са навођењем искључења јесте број искључења која осигуравачи веома детаљно и прецизно наводе у својим условима осигурања. Управо зато је и у пракси спровођења предуговорног информисања од стране осигуравача до сада и био највећи проблем управо навођење искључења у вези са ризицима који су уговорени, јер је то значило знатно повећавање обима, односно садржине предуговорног обавештења, што као што смо рекли, није у складу са сврхом предуговорног информисања.

16 Што је и данас присутно у пракси наших осигуравајућих друштава, видети: Информација за уговарача осигурања пре закључења уговора а тиче се општих услова за осигурање пружања помоћи а време путовања и борава у иностранству, MILENIJUM OSIGURANJE а.д.о. Београд, доступно на: http://milenijum-osiguranje.rs/wp-content/uploads/2015/12/Informacija_za_ugovaraca_osiguranja_pre_zakljucenja_ugovora_a_tice_se-opstih_uslova_za_osiguranje_pruzanja_pomoci_za_vreme_putovanja_i_boravka_u_inostranstvu.pdf, последњи пут посећено: 10. 4. 2016.

Управо због тога, сматрамо да у случајевима када су искључења у вези са осигураним ризицима толико бројна да би њихово просто преписивање из услова осигурања подразумевало несразмерно велики простор у предуговореном обавештењу, што јесте најчешћи случај, да осигуравачи нису дужни да таксативно наводе сва искључења, већ да би требало да пронађу начин како да ову информацију учине сажетијом, али не на рачун јасноће и потпуности информисања уговарача осигурања.

У том смислу, осигуравачи би прво требало да направе својеврсну селекцију и да наводе само она искључења која се односе на ризике који ће заиста бити уговорени, а не сва искључења из појединих услова осигурања. Тиме би се свакако постигле одређене „уштеде“ у броју информација. Затим, поједина искључења се могу класификовати под одређени виши појам који их све скупа укључује,¹⁷ чиме би се уговарачу осигурања на једнако добар начин, ако не и бољи, пружила потпуна информација и свим искаучењима који се могу подвести под одређени појам. На крају, ако се чак ни применом претходна два „алата“ садржина информација које се односе на искључења не би могла свести на прихватљиву меру, осигуравачи би могли да наведу само најчешћа искључења која се јављају у вези са конкретним ризицима. Међутим, овде треба веома опрезан јер прво осигуравачи треба да утврде који су то најчешћа искључења која се јављају у вези са одређеним ризицима и која се скоро никада и не јављају¹⁸, па на основу тога одредити круг искључења која треба на-

17 Тако рецимо у Информацији за уговарача и осигураника осигурања пре закључења, Пружање помоћи за време путовања и боравка у иностранству, UNIQA OSIGURANJE а.д.о. Београд (доступно на: http://www.uniq.rs/repository/media_cnt/UNIQA-Serbia/Pru~C5~BEanje~20pomoc~C4~87i~20za~20vreme~20 putovanja~ 20i~20boravka~20u~20inostranstvu_januar~202016_hcm0093801.pdf, последњи пут посећено дана 10. 4. 2016), у делу који се односи на искључења наведено је неколико десетина болести или другог оштећена здравља којима је свима заједничко да је реч о стањима која нису изненада настала за време осигураниковог боравка у иностранству већ да је реч о болестима и стањима која су постојала од раније, дакле пре момента закључења уговора о осигурању. У таквим случајевима осигуравач сврху предуговорног информисања може остварити само навођењем да су из осигурања искључене штете које настану услед болести или стања која немају карактер изненадних болести или стања која су се десила за време боравка у иностранству, већ су постојала у моменту закључења уговора о осигурању. При томе треба имати у виду да је ово само један од примера јер скоро за сваку врсту осигурања постоји простор да се одређени већи број искључења подведе под један заједнички виши појам (нпр. виша сила и сл.).

18 Рецимо осигуравачи често као једно од искључења наводе штете услед нуклеарног рата или деловања радиоактивног зрачења и сл., што су случајеви који се веома ретко или скоро никада могу јавити, али који наравно треба да буду наведени у условима осигурања. Ненавођењем оваквих и сличних искључења, али са напоменом да нису наведена због тога што се у пракси никада не дешавају или скоро никада, али да су наведена у условима осигурања, не би се могло рећи да осигуравач није испунио своју обавезу предуговорног информисања на адекватан начин.

вести у предуговорној информацији. У сваком случају, осигуравачи, ако би се определили са овакав приступ, морали би на предуговорној информацији за уговарача да нагласе да је реч о искључењима која се најчешће и уобичајено јављају у пракси, а да постоје и друга искључења која се у пракси никада или скоро никада јављају а која су детаљно наведена у условима осигурања који ће уговарачу бити уручени непосредно пре закључења уговора о осигурању и са којима се тада може упознати.

Као што се види, реч је о великом изазову за осигуравајућа друштва која тек треба да пронађу начин како то адекватно информишу уговарача осигурања о искључењима у вези с уговореним ризицима, поштујући с једне стране захтев за сажетошћу информација које се саопштавају уговарачу осигурања, а с друге стране захтев за потпуношћу и тачношћу информација. Тренутно, на основу нама расположивих предуговорних обавештења која домаћа друштва за осигурања предају уговарачима осигурања пре закључења уговора о осигурању, да се закључити да у овом делу предуговорног информисања постоји највећи простор за напредак у пракси наших осигуравајућих кућа.

д) Информације о висини премије осигурања, начину плаћања премије осигурања, висини доприноса, пореза и других трошкова који се обрачунавају поред премије осигурања, као и укупном износу плаћања

Овде се поставља питање да ли је уговарач осигурања дужан да таксативно наводи сваку од наведених информација и да ли је увек дужан да наводи сваку од наведених информација. Због тога, према нашем мишљењу овде треба правити разлику између животних и неживотних осигурања.

Наиме, приликом давања информације о висини премије осигурања за неко од неживотних осигурања, осигуравач је овлашћен да уговарачу осигурања предочи само укупан износ премије, дакле са укљученим порезом на премију неживотних осигурања, без да посебно раздваја нето износ премије од бруто износа и да оба посебно исказује. Ово због тога што је износ пореза на неживотна осигурања саставни део бруто премије коју плаћа уговарач осигурања, те је уговарачу потребно да зна колико његова обавеза тачно износи, јер то је оно што је битно за њега. Колики је износ пореза на премију неживотних осигурања у структури бруто премије, није информација која има значај за уговарача осигурања, добијањем такве информације он није ни ближе ни даље разумевању услуге осигурања коју намерава да купи. У складу с тим, а полазећи од правила да уговарача осигурања треба ослободити непотребних и сувиних информација како би лакше мо-

гао да се снађе, у иначе компликованом информисању, сматрамо да би у области неживотних осигурања осигуравачи могли да наведу само износ бруто премије осигурања са напоменом да је реч о износу у који је укључен порез на премије неживотних осигурања.

Другачија је ситуација код животних врста осигурања. Код њих, наиме, нема пореза на премију, што уговарачу осигурања треба да буде наглашено, али код њих могу да постоје одређени трошкови које осигуравач одузима од премије осигурања, што ако је случај мора бити напоменуто уговарачу осигурања. Тако, рецимо, код животног осигурања везаног за инвестиционе јединице, износ премије осигурања коју плаћа уговарач осигурања и износ премије коју осигуравач користи за куповину инвестиционих јединица нису једнаки, будући да осигуравач од износа уплаћене премије осигурања одузима одређени износ на име трошкова. У таквом случају, осигуравач би требало да укаже уговарачу осигурања колики износ (номинално или процентуално) од износа уплаћене премије ће одузети на име трошкова, а који износ преостаје за куповину инвестиционих јединица.

Међутим, најбитније од свега јесте да осигуравач уговарачу осигурања саопшти тачан износ премије (укупан износ) који треба да плати за конкретни уговор о осигурању, или барем износ годишње премије за прву годину трајања уговора о осигурању, уколико је реч вишегодишњем уговору. Циљ предуговорног информисања може бити остварен само ако уговарач зна цену услуге осигурања коју намерава да купи, како би је упоредио са осталим истим или сличним услугама на тржишту, јер је реч о најбитнијем елементу уговора о осигурању. Због тога се не би могло сматрати адекватним информисањем позивање осигуравача да се премија одређује на основу тарифа премија осигуравача¹⁹ или набрајањем елеманата од којих зависи висина премије осигурања или било који други начин који избегава да тачно и прецизно наведе колики је тачан износ премије осигурања по уговору који уговарач осигурања намерава да закључи.

19 Тим пре што тарифе премија осигуравача представљају пословну тајну друштва за осигурање и не могу се достављати уговарачима осигурања. У том смислу позивање на то да се висина премије утврђује у складу са тарифама, које нису доступне уговарачу осигурања, представља нетранспарентно информисање, где практично уговарач осигурања остаје ускраћен за најбитнију информацију о уговору који намерава да закључи.

За пример, видети: Информацији за уговарача и осигураника осигурања пре закључења, Пружање помоћи за време путовања и боравка у иностранству, UNIQA OSIGURANJE а.д.о. Београд, доступно на: http://www.uniqua.rs/repository/media_cnt/UNIQA-Serbia/Pru-C5~BEa-nje~20pomoc~C4~87i~20za~20vreme~20putovanja~20i~20boravka~20u~20inostranstvu_januar~202016_hcm0093801.pdf, последњи пут посећено дана 10. 4. 2016.

У вези с претходним је и информисање уговарача осигурања о начину плаћања премије осигурања. Наиме, осигуравач је дужан да уговарача осигурања упозна са тим да ли се премија плаћа једнократно и када, или се плаћа на рате, односно у колико рата, колики су износи појединих рата и када доспевају. Као што већ више пута напоменули, ни овде не би било довољно само обавестити уговарача осигурања да плаћање премије може да се уговори као једнократно или на рате, већ мора тачно да буде наведено да ли је плаћање једнократно или на рате, и колико рата, а у зависности од тога како је предвиђено за конкретну врсту осигурања или од тога како је уговарач осигурања изабрао.

*ђ) Информације о праву на раскид уговора и условима за раскид,
односно праву на одустанак од уговора*

Информације о праву на раскид уговора о осигурању такође треба да буду прилагођене конкретном уговору о осигурању. Тако ако уговараач закључује уговор о осигурању са једногодишњим или краћим трајањем, осигуравач је дужан да га информише о томе да се такав уговор не може раскинути једнострано већ само споразумно. Такође, уколико уговарач закључује вишегодишњи уговор о осигурању са одређеним трајањем, али на период краћи од пет година, осигуравач је дужан да га информише о томе да се такав уговор не може раскинути једнострано већ само споразумом обе стране. Иако наведена правила нису изричито прописана одредбама Закона о облигационим односима, она произлазе из тумачења одребе члана 922. Закона о облигационим односима, која регулише трајање осигурања и изричито предвиђа могућности једностраног раскида уговора о осигурању²⁰, што уосталом није спорно ни у теорији ни у пракси наших судова.

Са друге стране, ако се закључује уговор о осигурању са одређеним трајањем али на период дужи од пет година, осигуравач је дужан да информише уговарача осигурања да такав уговор може раскинути једнострано након истека периода од пет година уз остављање отказног рока од шест месеци, а да га пре истека рока од пет година не може раскинути, већ да до раскида може доћи само споразумом уговорних страна.²¹ При

20 *Argumentum a contrario* нам говори да у другим случајевима, осим оних у којима је то изричито прописано, раскид није дозвољен. Такође, општа правила о једностраном раскиду узбог неиспуњења се не примењују на уговор о осигурању, о том више: Н. Грујић, *Раскид уговора због неиспуњења и правна дејства раскида*, 2016, Београд, стр. 30-36.

21 Видети: чл. 922. ст. 3. Закона о облигационим односима.

томе, осигуравач је обавезан да уговарача осигурања поучи о томе да изјава о раскиду мора бити дата у писаној форми.²²

Уколико пак, уговарач осигурања намерава да закључи уговор о осигурању са неодређеним временом трајања, осигуравач је дужан да га обавести да такав уговор може раскинути писаном изјавом минимум три месеца пре доспелости премије осигурања, али са дејством раскида на дан доспелости премије осигурања.²³ Овде се очигледно мисли на годишње допеће премије осигурања, па би то такође требало нагласити уговарачу осигурања за случај да се намераваним уговором о осигурању уговара доспеће премије у краћим временским интервалима (шестомесечно, тромесечно или месечно).

Претходно све важи за случај да условима осигурања осигуравача нису предвиђена нека специфична правила за могућност једностраног раскида уговора од стране уговарача осигурања, којима би се уговарачима пружио већа права у односу на законом прописана. У таквим случајевима би осигуравач морао да упозна уговарача осигурања са таквим правима односно могућностима једностраног раскида уговора о осигурању.

Уколико је реч о информисању уговарача осигурања о информацијама које се односе на уговор о животном осигурању, онда је осигуравач дужан да уговарача осигурања упозна са немогућношћу раскида таквог уговора.²⁴

У оквиру информација о раскиду уговора, уколико је реч о уговору о осигурању који се закључује на даљину или ван пословних просторија осигуравача, осигуравач би морао уговарача осигурања да упозна и са могућношћу једностраног одустанка, дакле не раскида, од закљученог уговора о осигурању. Реч је праву уговарача осигурања да одустане од уговора који је закључен на даљину или ван пословних просторија осигуравача а у року од 14 дана од дана закључења уговора.²⁵ Наравно уколико није реч о уговору о осигурању закљученом на даљину или ван пословних просторија осигуравача, осигуравач не би требало да информише уговарача осигурања о овом праву, па чак ни на начин да изричито нагласи да на ово право има само код уговора на даљину и уговора закључених ван пословних просторија осигуравача, јер би то само могло да

22 Наредба чл. 922. ст. 3. Закона о облигационим односима.

23 Видети: чл. 922. ст. 2. Закона о облигационим односима.

24 Видети: чл. 922. ст. 5. Закона о облигационим односима.

25 Видети: чл. 28. Закона о заштити потрошача („Сл. гласник РС“, бр. 62/2014). Више о овом тзв. праву покајања код уговора о осигурању, видети: Н. Петровић Томић, *о. с.*, стр. 273-279.

створи заблуду на страни уговарача осигурања о своји правима, будући да њему по правилу неће бити познат појам уговора на даљину или уговора склопљеног изван пословних просторија осигуравача.

Уколико би осигуравач информисао уговарача осигурања на општи начин о законским одредбама о могућности раскида уговора о осигурању, било да га само упућује на одређене одребе Закона о облигационим односима или Закона о заштити потрошача, било да „препише“ одредбе Закона о облигационим односима које регулишу правила раскида уговора о осигурању, не би се могло сматрати да је уговарач осигурања адекватно информисан о праву на раскид уговора односно праву на одустанак од уговора.²⁶

е) Информације о року у коме понуда обавезује друштво за осигурање

Ико је одредбом чл. 82. ст. 1. тачка 7. Закона о осигурању предвиђено да је осигуравач дужан да информисе уговарача осигурања о „року у коме понуда обавезује друштво за осигурање“, чини нам се да смисао ове одредбе није најјаснији. Наиме, није јасно да ли се мисли на понуду коју осигуравач даје уговарачу осигурања или се мисли на понуду коју уговарач осигурања даје осигуравачу. Иако би можда из језичког тумачења наведе законске одредбе произлазило да се мисли на понуду коју даје осигуравач, ипак нам се чини да је законодавац овде мислио на информисање уговарача о одредбама чл. 901. ст. 1. и 2. Закона о облигационим односима, односно о случају када се уговор о осигурању закључује на основу понуде коју уговарач осигурања даје осигуравачу. Каде се уговор о осигурању закључује на основу писане понуде коју уговарач осигурања даје осигуравачу²⁷, таква понуда обавезује уговарача осигурања (тј. потенцијалног уговарача осигурања) осам дана, а у случају потребе за лекарским прегледом 30 дана²⁸, а ако осигуравач не одговори на понуду у року од осам дана, уговор се сматра закљученим даном пријема понуде од стране осигуравача.²⁹

26 Као пример неадекватног информисања уговарача осигурања о праву на раскид уговора, видети: Предуговорно обавештење о карактеристикама финансијске услуге и битним елементима уговора о пакету путног здравственог осигурања закљученим путем интернета ДДОР Нови Сад а.д.о. Нови Сад, доступно на: <http://www.ddor.rs/wp-content/uploads/2015/11/Predugovorno-obavestenje-paket-PZO-sa-asistencijom-Internet.pdf>, последњи пут посећено дана 10. 4. 2016.

27 Што је уобичајени начин закључења уговора о животном осигурању на тржишту Републике Србије.

28 Видети: чл. 901. ст. 2. Закона о облигационим односима.

29 Видети: чл. 901. ст. 4. Закона о облигационим односима.

Због тога би у оним случајевима када се уговор о осигурању закључује путем писане понуде од стране потенцијалног уговарача осигурања према осигуравачу, осигуравач био дужан да упозна уговарача осигурања о томе да га (уговарача) понуда везује осам односно 30 дана, а да уколико осигуравач не одговори на понуду у року од осам односно 30 дана, уговор сматра закљученим и то даном када је понуда прислепа осигуравачу.

Уколико пак закључењу уговора о осигурању претходни понуда учињена од стране осигуравача ка уговарачу осигурања, што је случај код неживотних осигурања, онда би осигуравачи по правилу требали у самој понуди да означе рок у којем он важи и у којем се може прихватити понуда за закључење уговора о осигурању. Такав рок, уколико се поред понуде уговарачу осигурања предаје и предуговорно обавештење у виду посебне информације,³⁰ такође треба да буде садржан и у предуговорној информацији.

Уколико закључењу уговора не претходни понуда, информације о везаности понудом не морају бити неопходан елеменат предуговорне информације, а у складу с принципом индивидуалног приступа обавези предуговорног информисања.

ж) Информације о начину подношења и року прописаном за подношење одштетног захтева, односно за остваривање права по основу осигурања

Информација о начину остваривања права важна је са аспекта да је уговарач осигурања упознат у ком року и коме се може обратити уколико се осигурани случај догоди. Посебно је важно навести када застарева право уговарача осигурања да потражује накнаду из осигурања и напомену да након истека тог периода осигуравач више није у обавези да уговарачу осигурања, односно кориснику исплати осигурану суму по основу насталог осигурања.

30 Ово због тога што понуда коју осигуравач нуди потенцијалном уговарачу осигурања може садржати све информације које предвиђа одредба чл. 82. Закона о осигурању, те с тога може имати карактер предуговорне информације. У таквом случају, понудом би се практично уговарач осигурања упознао са информацијама са којима је осигуравач дужан да га упозна пре закључења уговора о осигурању. Разуме се само по себи да би тада за понуду важили исти принципи предуговорног информисања за које смо навели да важе за предуговорно обавештење, у противном уколико таква понуда не би била сажета и јасна, било би потребно уговарача осигурања додатно информисати посебним документом – предуговорним обавештењем. Супротан став, да иако понуда садржи све битне информације које је осигуравач дужан да саопшти пре закључења уговора о осигурању, изразила је Народна банка Србије у свом одговору на питања која је у вези са дилемама у примени одредаба чл. 82 – 84. Закона о осигурању поставило Удружење осигуравача Србије.

гураног случаја. Ово је информација која ће уговарачу осигурања помоћи и у току трајања уговора, јер је битно да зна коме и на који начин да се обрати ради остваривања права из осигурања. Осигуравач је дужан да обавести уговарача осигурања о наведеном року и последицама пропуста рока да пријави штету у том року. У том смислу, сматрамо да би осигуравач требало тачно да наведе колики је рок застарелости потраживања по из уговора о осигурању као и када тај рок почиње да тече, а не само да уговарача осигурања упути на релевантну одредбу Закона о облигационим односима.

з) Информације о начину заштите права и интереса уговарача осигурања код друштва за осигурање

Информација о начину заштите права и интереса уговарача осигурања код друштва за осигурање, у складу са Законом о осигурању и подзаконским актима Народне банке Србије, треба да садржи обавештење о механизмима који уговарачу осигурања и осигуранику стоје на располагању уколико сматрају да је њихово право повређено одлучивањем или поступањем друштва за осигурање. У том смислу би уговарач осигурања требало да буде обавештен о главном елементу заштите права корисника услуга осигурања код осигуравајућих друштава, односно о праву на подношење приговора, који представља израз незадовољства у вези са поступањем запослених у друштву или у вези са одлучивањем у вези са уговором о осигурању или његовим извршавањем. С тим у вези, друштво за осигурање је дужно да у писаној информацији коју пре закључења уговора о осигурању даје уговарачу осигурања, као и на својој интернет презентацији, наведе податке о начину подношења приговора друштву за осигурање, обавезном садржају тог приговора и року за достављање одговора на наводе из тог приговора.³¹ Овом информацијом такође треба да буде обухваћено и обавештење о могућности вансудског решавања спора.

и) Информације о називу, седишту и адреси органа надлежног за надзор над пословањем друштава за осигурање, као и о начину заштите његових права и интереса код тог органа

Информација о органу надлежном за надзор над пословање друштва за осигурање значајно је уколико корисник услуге осигурања није задовољан одговором осигуравача на поднети приговор, или уколико уопште није добио одговор на приговор, јер у тим случајевима има право да Народној

31 Тачка 9. Одлуке о начину заштите права и интереса корисника услуга осигурања (Службени гласник РС, бр. 55/2015)

банци Србије - Центру за заштиту и едукацију корисника финансијских услуга, поднесе писану притужбу на рад тог друштва за осигурање. Овај поступак је добровољан и поверљив. Уколико постоји сагласност обе стране, пред Народном банком Србије се може покренути поступак посредовања, односно покушаја мирног решења спорног питања, који спроводи запослени у Народној банци Србије који поседују лиценцу посредника.³²

У вези са испуњавањем ове обавезе осигуравача нисмо уочили веће недостатке и друштва за осигурање углавном адекватно обавештавају уговораче осигурања о подацима надзорног органа и начину покретања поступка пред надзорним органом.

2. Специфична садржина предуговорног информисања код уговора о животном осигурању

Поред претходно обрађених информација које се односе једнако на уговоре о неживотном осигурању и уговоре о животном осигурању, наш законодавац следећи праксу упоредних наднационалних права, посебно прописује додатне обавезе информисања пре закључења уговора о животном осигурању.³³

а) Информације о основици и критеријумима за учешће у добити и начину и роковима за исплату учешћа у добити

Потребно је обавестити уговорача осигурања о томе да ли се добит гарантује, да ли се исплаћује заједно са осигураном сумом у случају осигураног случаја, као и да ли се добит приписује и исплаћује у случају откупа полисе.

б) Информације о табели откупних вредности

Информација о табели откупних вредности је од посебног значаја за уговорача осигурања, с обзиром да у случају превременог раскида уговора о осигурању, осигуравач треба да упозори уговорача о тачним, односно мањим износима откупне вредности. У пракси је честа појава да се код превременог откупа полисе животног осигурања очекује исти износ који је уплаћен на име премије, што само говори у прилог томе да уговорачи осигурања нису адекватно обавештени о значају и последицама права на откуп. Управо због тога

32 Више о тома на: http://www.nbs.rs/internet/latinica/63/63_2/63_2_2/index.html, последњи пут посећено: 11. 4. 2016.

33 Видети: чл. 82. ст. 2. Закона о осигурању.

је износ мање добијене откупне вредности него уплаћене премије често разлог незадовољства и губитка поверења корисника услуга осигурања у осигуравајуће куће. Реч је дакле о једном од најчешћих случајева односно примера неадекватног предуговорног информисања у пракси наших друштава за осигурање. Због тога је посебно битно да код уговора о животном осигурању осигуравачи јасно укажу уговарачу осигурања: прво, који су услови да би се право на откуп уопште могло остварити, а потом и које су последице откупа. Како је табелу откупних вредности тешко знати пре момента закључења уговора о осигурању, сматрамо адекватним обавештавање уговарача осигурања путем примера табеле откупних вредности, на основу којег би уговарач осигурања стекао оријентациона сазнања о последицама откупа уговора о животном осигурању, тј. о односу износа уплаћених премија осигурања и износа који се добија на име откупа, а који зависи од дужине времена трајања уговора о осигурању у моменту подношења захтева за откуп.

в) Информације о условима за остваривање права на капитализацију уговора и правима из таквог осигурања

Као један од најчешћих разлога незадовољства и подношења приговора од стране уговарача осигурања је и њихова предуговорна необавештеност о последицама неплаћања премије животног осигурања, односно недостатак јасног обавештења уговарачу осигурања да ће се, уколико не плати премију осигурања за одређени период, његова полиса односно осигурана сума капитализовати, тј. смањити и на коју ће исплату он имати право тек истеком периода на који је полиса закључена. Због саме сложености производа животног осигурања, ову информацију, као једну од најбитнијих код ове врсте осигурања, осигуравајућа друштва би требало да дају што једноставнијим језичким стилем.

г) Информације о томе ко сноси инвестициони ризик, дефиницији инвестиционих јединица за које су везане накнаде и о перспекту инвестиционог фонда, а нарочито о структури улагања

Животна осигурања везана за јединице инвестиционих фондова су први пут у нашем праву дозвољена ступањем на снагу Закона о осигурању. Реч је о уговорима о осигурању који подразумевају да осигуравач већи део премије осигурања³⁴ коју осигураник уплати користи за куповину инвестиционих јединица у инвестиционим фондовима регистрованим у Републици

34 Реч је тзв. ивенсиционом делу премије који се добија када се од износа уплаћене премије одбије део тзв. ризико премије и трошкови осигуравача.

Србији, те да висина осигуране суме зависни од вредности купљених инвестиционих јединица. Управо због чињенице да вредност инвестиционих јединица може током времена варирати, што на тржишту као што је наше може бити веома ризично, законодавац је прописао обавезу додатног информисања уговарача осигурања о елементима уговора који се не могу сматрати традиционалним елементима уговора о осигурању.

Тако, осигуравач је дужан да упозна уговарача осигурања о томе ко сноси ризик инвестиционог улагања, јер је то суштина ове врсте осигурања. Како је то управо уговарач осигурања, осигуравачи би морали веома јасно и транспарентно да упознају уговарача осигурања о томе да он сноси ризик улагања средстава у јединице инвестиционих фондова те да осигуравач у случају губитка вредности јединица инвестиционог фонда не сноси никакву одговорност, нити има обавезу плаћања било какве накнаде или штете уговарачу осигурања или осигуранику.

Како је уговарач осигурања тај који сноси инвестициони ризик, он мора бити и тај који одређује где ће се средства инвестирати или ако то није могуће (што се због ограниченог броја инвестиционих фондова код нас може замислити), онда мора бити адекватно информисан о томе у које фондове се инвестира, која је структура улагања и на крају, али не мање битно, о проспекту инвестиционог фонда.

Иако у тренутку док пишемо овај чланак ниједно осигуравајуће друштво у Републици Србији још увек није почело са продајом ове врсте осигурања, већ сада нам се чини да ће највећи проблем предуговорног информисања у вези са овом врстом осигурања бити обавештавање уговарача осигурања о проспекту инвестиционог фонда. Наиме, одредба чл. 82. ст. 3. Закона о осигурању садржи релативно неодређену наредбу о обавези информисања уговарача осигурања о проспекту инвестиционог фонда јер се из ње не може са сигурношћу закључити да ли је довољно да осигуравач само упуту уговарача осигурања на то где се може упознати са проспектом инвестиционог фонда или је потребно да му уручи проспект инвестиционог фонда. Како није реч о безначајној дилеми, имајући у виду обим и значај информација које се налазе у проспектима инвестиционих фондова, што с једне стране отежава предуговорно информисање у складу са дефинисаним општим принципима, а с друге стране доприноси попутнијем информисању уговарача осигурања, сматрамо да је законодавац ову обавезу морао прецизније дефинисати. Наиме, ако пођемо од тога да је потребно уговарача осигурања потпуно информисати о правима и обавезама из будућег уговора о осигурању, чини се да би предаја проспеката била неопходна. Међутим, не можемо да не приметимо да зако-

нодавац када год инсистира на изричитој предаји одређеног документа он то недвосмислено и нагласи, што би значило да у овом случају не инсистира на предаји проспеката већ само на о обавештавању уговарача осигурања о перспектима односно о упућивању на место где се проспекти налазе. У сваком случају дилема постоји, и биће занимљиво видети како ће пракса реаговати на ову дилему, односно какав ће став надзорни орган заузети.

На крају, иако није изричито прописано, сматрамо да би осигуравач био дужан да упозна уговарача осигурања пре закључења уговора да приноси које је одређени инвестициони фонд дао у прошлости или које сада даје не представљају гаранцију да ће једнаке или сличне приносе давати у будућности.³⁵

д) Информације о пореским прописима које се односе на животно осигурање

Последња у низу информација које је осигуравач дужан да саопшти уговарачу осигурања пре закључења уговора о животно осигурању односи се на пореске прописе који се односе на животно осигурање. Овде међутим опет постоји дилема о томе која је намера законодавца јер није најјасније да ли је осигуравач дужан да информише уговарача осигурања о називима пореских прописа или је пак потребно да га информише о пореском третману накнада и других давања по основу по основу уговора о животно осигурању. Нама се чини да *ratio* ове обавезе није упућивање уговарача осигурања на један или више законских прописа, већ информисање о пореском третману у вези с уговором о животно осигурању.

Наиме, накнада тј. приход који осигуравач исплаћује по основу осигурања лица, под којим се подразумева и уговор о животно осигурању, су опорезиви у складу са одредбом чл. 84. Закона о порезу на доходак грађана.³⁶ У складу с тим, осигуравач би требало да пре закључења уговора о животно осигурању упозна уговарача осигурања да ће накнада из

35 Реч је иначе о обавези којој подлежу инвестициони фондови, предвиђеној одредбом чл. 66. Правилника о инвестиционим фондовима („Сл. гласник РС“, бр. 5/2015), за коју сматрамо да би у циљу адекватног предуговорног информисања уговарача осигурања код ове врсте осигурања била веома корисна.

36 Закон о порезу на доходак грађана („Сл. гласник РС“, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 – одлука УС, 7/2012 – усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 – одлука УС, 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 – испр., 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015 и 5/2016 – усклађени дин. изн.).

осигурања у скалду са наведеном одредбом закона о порезу на доходак грађана бити умањена за износ пореза на доходак грађана у висини од 20 %³⁷ који се обрачунава на основицу која се добије када се накнада из осигурања умањи за висину уплаћених средстава на име премије осигурања.³⁸

У противном уколико би уговарач осигурања био само упућен да назив прописа којим се регулишу приходи по основу уговора о животном осигурању, био би неадекватно предуговорно информисан.

III Закључак

Иако су након ступања на снагу Закона о осигурању³⁹ друштва за осигурање у Републици Србији без изузетка почела да испуњавају своје обавезе предвиђене чл. 82 – 84. Закона о осигурању, чини се да је, осим у изузетним случајевима, ниво предуговорног информисања још увек далеко од прихватљивог. Наиме, анализом нама доступних информација које осигуравачи у Републици Србији уручују уговарачима осигурања, утврдили смо да још увек постоје бројни недостаци и да се у највећем броју случајева предуговорно информисање не може окарактеристати као адекватно. Чини се да се осигуравачи не воде основним принципима предуговорног информисања, како смо их овде дефинисали, а који су проистекли из потребе за остваривањем сврхе предуговорног информисања, већ да се приликом испуњавања ове обавезе углавном задовољавају формом на уштрб суштине. Предуговорна обавештења су и даље у највећем броју случајева веома обимна, са прегршт информација које се не односе на конкретни уговор о осигурању, са превеликим бројем речи и појмова које просечном кориснику услуге осигурања нису познати, да неприхватљивим упућивањима на чланове закона или услова осигурања и сл.

Управо из наведених разлога, чини се, постоји потреба за једним оваквим радом, којим би се скренула пажња на сврху предуговорног информисања и начин на које оно треба да буде спроведено, јер за индустрију и тржиште осигурања није прихватљив ризик неадекватног предуговорног информисања уговарача осигурања од стране осигуравача, а имајући у виду тежине последица како за сам уговор, тако и за одговорност осигуравача али и интересе уговарача осигурања односно осигураника који могу остати незаштићени од ризика којих су желели да се осигурају.

37 Видети: чл. 86. Закона о порезу на доходак грађана.

38 Видети: чл. 84. Закона о порезу на доходак грађана.

39 Ступио на снагу дана 26. 6. 2015.

Nenad Grujić, PhD
Generali Osiguranje Srbija а.д.о. Belgrade
Junior faculty member at the Faculty of Law UUB

Aida Muslijović, M.A.
Generali Osiguranje Srbija а.д.о. Belgrade

THE OBLIGATION OF INSURANCE COMPANIES TO PROVIDE THE CONSUMERS OF INSURANCE SERVICES WITH PRE-CONTRACTUAL INFORMATION IN PRACTICE OF SERBIAN INSURANCE COMPANIES

Summary

The authors of this article analyze the obligation of insurance companies to provide the potential consumers of insurance services with pre-contractual information, based on the provisions of the Insurance Law and other regulations in the Republic of Serbia. At the same time, they are trying to draw attention to the need to set certain guiding principles regarding the fulfilment of obligation of providing pre-contractual information with the aim to achieve pre-defined objectives or purposes of providing the consumers of insurance services with pre-contractual information. Thus, the authors set three basic principles of providing pre-contractual information: 1) the individual approach to the obligation of providing pre-contractual information; 2) providing concise, clear and understandable information; 3) providing timely information. The central part of the article is devoted to the individual information that insurance companies are required to communicate to the potential policyholder prior to the conclusion of the insurance contract, with particular emphasis on the practice of insurance companies in our country in the period after the entry into force of the new Insurance Law. In addition to the content of each specific information that is communicated to the potential policyholder and the problems that can arise in practice in some cases, the authors deal with the issue of proving the fulfillment of this obligation by the insurance companies.

Key words: *pre-contractual information, insurance contract, insurance company, policyholder, consumer of insurance services, Insurance Law.*

Милош РАДОВАНОВИЋ
Правни заступник у Удружењу осигуравача Србије
– Гарантном фонду

НЕПОЗНАТО МОТОРНО ВОЗИЛО

Резиме

Накнада штете проузроковане непознатим моторним возилом има све већи значај. Водећи узрок парница између оштећених лица и Удружења осигуравача Србије јесте накнада штете проузроковане непознатим моторним возилом. У тим парницама, као спорно правно питање најчешће се јавља питање да ли се возило којим је штета нанета, може сматрати непознатим. Судови су дошли до става да се моторно возило не може сматрати непознатим, у смислу прописа о обавезном осигурању у саобраћају, ако је због пропуста самог оштећеног лица остало непознато. До оваквог становишта не може се доћи дедуктивним закључивањем полазећи од законске одредбе о праву на накнаду штете проузроковане непознатим возилом. Међутим, изгледа да је наведени став судске праксе ипак исправан. Аутор ће у овом тексту покушати да пронађе теоријско утемељење тог става. То утемељење, по мишљењу аутора, треба тражити у општим правилима која уређују имовинско осигурање и у сврси којој служи Гарантни фонд.

Кључне речи: *осигурање, обавезно осигурање у саобраћају, осигурање од аутоодговорности, Гарантни фонд, непознато моторно возило, накнада штете.*

І Увод

Ради ефикасне заштите жртава саобраћајних незгода било је потребно на нивоу Европске уније предвидети обавезу држава чланица да формирају тело које ће гарантовати да жртве неће остати без накнаде штете ако је незгода проузрокована неосигураним или непознатим вози-

лом.¹ Државе чланице, према важећој Директиви Европске Уније² обавезане су да оснују или овласте већ постојећу организацију, која ће бити надлежна да накнади штету проузроковану неосигураним или непознатим моторним возилом.³

По Закону о обавезном осигурању у саобраћају⁴ требало је да Република Србија до 30. јуна 2012. године оснује посебно правно лице – Гарантни фонд, чија је сврха економска заштита оштећених лица у таквим случајевима.⁵ То међутим није учињено, иако је наведени рок протекао.⁶ Послове, који по ЗООС улазе у делокруг Гарантног фонда, обавља Удружење осигураваача Србије (даље: Удружење), сагласно прописима који су важили до ступања на снагу ЗООС,⁷ тј. сагласно Закону о осигурању имовине и лица.⁸

Оштећена лица остварују право на накнаду штете из средстава гарантног фонда при Удружењу када им је штета проузрокована неосигураним моторним возилом, непознатим моторним возилом или моторним возилом за које је уговор о обавезном осигурању закључен са осигуравајућим друштвом над којим је отворен стечај.⁹ Број неосигураних моторних возила, који саобраћа на путевима Републике Србије, релативно је мали, чак и у поређењу са државама Европске уније.¹⁰ Такође, солвент-

- 1 Наташа Петровић, „Међународно осигурање од аутоодговорности“, *Право и привреда*, бр. 1-4/2006, 95.
- 2 Директива Скупштине и Савета 2009/103 од 16. септембра 2009. године која се односи на осигурање од грађанскоправне одговорности у вези са употребом моторних возила и установљењем обавезе да се осигура од те одговорности, *Службени лист Европске уније* Л 263/11, даље: Директива.
- 3 Вид. Директива, чл. 10. ст. 1.
- 4 Закон о обавезном осигурању у саобраћају – ЗООС, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, 78/11, 101/11, 93/12 и 7/13.
- 5 Вид. ЗООС, чл. 73. и 74. и Закона о изменама и допунама Закона о обавезном осигурању у саобраћају, *Службени гласник РС*, бр. 78/2011, чл. 2.
- 6 Вид. Народна банка Србије, *Народна банка није надлежна за надзор постојећег Гарантног фонда*, доступно на адреси: <http://www.nbs.rs/internet/cirilica/scripts/showContent.html?id=7779&konverzija=no>, 9.1.2016.
- 7 Вид. ЗООС, чл. 111. ст. 1.
- 8 Закон о осигурању имовине и лица – ЗОИЛ, *Службени лист СРЈ*, бр. 30/96, 57/98, 21/99, 53/99 и 55/99 и *Службени гласник РС*, бр. 55/04, 51/09 и 93/12.
- 9 Вид. ЗОИЛ, чл. 99. ст. 2.
- 10 Вид. Милан Церовић, „Улога и циљ организације гарантног фонда у земљама у окружењу и неким земљама Европске уније“, *Интеграција (права) осигурања Србије у Европски (ЕУ) систем осигурања*, Зборник радова Удружења за право осигурања, Палић, 2009, доступно на адреси <http://www.propisionline.com/Explanations/Explanation/379>, 9.1.2016, 239 и 240.

ност друштава за осигурање данас је на знатно вишем нивоу него пре десетак година.¹¹ У укупном броју захтева за накнаду штете из средстава гарантног фонда при Удружењу, све мањи проценат заузимају захтеви који се темеље на чињеници да је штета проузрокована неосигураним возилом или возилом које је осигурано код осигуравајућег друштва над којим је отворен стечај. Међутим, број захтева за накнаду штете проузроковане непознатим моторним возилом сваке године расте.¹² Накнада штете проузроковане непознатим моторним возилом постала је водећи узрок настанка спорова између Удружења и оштећених лица.¹³ Стога је све већи значај који има појам непознато моторно возило.

Ниједан једини појам у закону није разложен све до својих најситнијих детаља, само је мали број њих дефинисан, а и они су опет дефинисани помоћу других недефинисаних појмова.¹⁴ Ни појам непознато моторно возило у прописима о обавезном осигурању у саобраћају није одређен на начин који искључује сваку недоумицу. Правно питање, које се као одлучно веома често јавља у парницама по тужбама за накнаду штете проузроковане непознатим моторним возилом, јесте питање да ли се возило којим је изазвана саобраћајна незгода може сматрати непознатим.¹⁵

11 У јануару 2016. године у Србији се над шест осигуравајућих друштава водио стечајни поступак. Решења о отварању стечаја над пет од тих шест друштава донета су у првој половини 2007. године, а над једним од њих у марту 2009. године. Након марта 2009. године ни једно друштво за осигурање у Србији није пало у стечај. Вид. <http://www.aod.rs/sl-postupci.html#balkan>, 11.1.2016.

12 Према подацима из Прегледа броја пријављених, решених и нерешених предмета Удружења за 2012. годину, у тој години проценат захтева за накнаду штете проузроковане непознатим моторним возилом износио је 30,52 % од укупног броја вансудских захтева за накнаду штете из средстава гарантног фонда при Удружењу. Према Прегледу броја пријављених, решених и нерешених предмета Удружења за 2015. годину, проценат захтева за накнаду штете проузроковане непознатим моторним возилом износио је 40,13 % од укупног броја вансудских захтева за накнаду штете из средстава гарантног фонда при Удружењу. Треба напоменути и да број захтева за накнаду штете проузроковане непознатим моторним возилом, који се годишње поднесу Удружењу, константно расте. Наиме, 2012. године поднето је 141 вансудски захтев за накнаду штете проузроковане непознатим возилом. Број тих захтева у 2013. години био је 449, у 2014. години 452, а у 2015. години 512.

13 Према подацима писарнице Удружења, само у 2015. години започето је 107 парница у којима је тужено Удружење ради накнаде штете проузроковане непознатим моторним возилом.

14 Херман Кантрович, *Борба за правну науку*, превео Данило Баста, Београд, 2006, 13.

15 Нпр. у парницама започетим 2015. године у предметима Трећег основног суда у Београду П. 5179/15, П. 4071/15, П. 4804/15, Основног суда у Шапцу П. 434/2015, Основног суда у Новом Саду П. 5799/15, П. 6336/15, П. 321/15 и многим другим.

Судска пракса, а за њом и пракса Удружења, заузела је исправне ставове о праву на накнаду штете, у случају када оштећени без оправданог разлога није прибавио податке о возилу којим је штета нанета. На овај начин пракса је испунила садржином законску норму о праву на накнаду штете проузроковане непознатим моторним возилом. Аутор ће у овом раду презентovati те ставове праксе, а покушаће и да их објасни и додатно утемељи у законским одредбама и сврси којој служи Гарантни фонд.

У случају штете проузроковане моторним возилом, постоји одређена разлика између положаја оштећеног по одредбама ЗОИЛ и положаја оштећеног лица по одредбама ЗООС.¹⁶ Међутим, појам непознато моторно возило (не)одређен је на идентичан начин и у ЗОИЛ и у ЗООС. Стога ће ставови праксе утврђени у време док је ЗОИЛ на снази, подједнако вредети и када отпочне примена одредаба ЗООС о Гарантном фонду, односно када држава оснује Гарантни фонд како то предвиђа ЗООС. Разлике између Гарантног фонда у смислу ЗООС и гарантног фонда у смислу ЗОИЛ нису релевантне за тему којом се овај чланак бави. Под термином Гарантни фонд у даљем тексту подразумеваће се и Гарантни фонд у смислу ЗООС и гарантни фонд у смислу ЗОИЛ - гарантни фонд при Удружењу.

II Ставови праксе

Оштећено лице у неким случајевима, због својих сопствених пропуста, не може да од осигуравајућег друштва накнади штету проузроковану моторним возилом. То ће се догодити када оштећено лице не прибави податке о возилу којим му је нанета штета, због чега исто не може бити идентификовано.

У судској пракси поставило се питање да ли законске одредбе о одговорности за штету проузроковану непознатим моторним возилом, у таквим случајевима оштећеном дају право на накнаду штете од Гарантног фонда. Из бројних пресуда којима су се судови бавили питањем накнаде штете изазване непознатим моторним возилом, произлази да судска пракса подржава тенденцију одговорности оштећеног лица за заштиту соп-

16 Према одредбама ЗОИЛ, чл. 99. ст. 2. тач. 2. и чл. 105. у случају штете проузроковане непознатим моторним возилом, оштећено лице има право само на накнаду штете због смрти, повреде тела или нарушавања здравља, али нема право на накнаду штете на стварима (у том смислу видети пресуду Врховног касационог суда Рев. 396/11 од 1. фебруара 2012. године). Одредбом ЗООС, чл. 92. ст. 2. прописано је да ће, у случају штете проузроковане непознатим моторним возилом, Гарантни фонд накнадити штете на стварима ако је неком од учесника саобраћајне незгоде накнадио штету због тешке телесне повреде која је захтевала болничко лечење, уз учешће оштећеног у штети од 10 %, с тим што то учешће не може износити више од 500 евра.

ствених интереса према имаоцу тог возила, односно према осигуравајућем друштву код кога је исто осигурано. Оштећени који су пропустили да заштите своја права према овим лицима одговорним за штету, по схватању судова немају право на накнаду штете ни према Гарантном фонду.

Виши суд у Београду, у пресуди Гж. 14699/10 од 23. маја 2012. године оценио је да тужиља нема право на накнаду штете према Гарантном фонду јер је „моторно возило, које је ударило тужиљу, стало и превезло њу до хотела... те се не ради о непознатом возилу, већ се ради о ситуацији да тужиља није узела податке о возилу иако је била у могућности да то учини“.¹⁷ Првостепени и другостепени суд, у парници вођеној пред Основним судом у Новом Саду у предмету П. 6512/13, оценили су да такси возило којим се тужиља превозила и из кога је испала по завршетку такси вожње, не представља непознато возило, јер је тужиља могла да прибави податке о том возилу.¹⁸

Чињенично стање, из кога очигледно произлази да је тужилац имао могућност и дужност да идентификује возило којим је нанета штета, утврђено је у парничном поступку вођеном пред Основним судом у Новом Саду у предмету П. 2643/12. У тој парници утврђено је да је тужилац био сувозач у путничком аутомобилу који је ударио у електрични стуб („бандеру“) поред коловоза. Били су познати боја и марка тог аутомобила, али његова тачна регистарска ознака није утврђена. Возач истог такође је био познат, чак је и позван да ступи у ту парницу као умешач. Тужбени захтев правноснажно је одбијен, јер је „тужилац имао могућност да сазна регистарску ознаку возила у коме је повређен... а то је уједно била и његова обавеза, као што је била и обавеза тужиоца да пријави полицији саобраћајну незгоду коју је предметно возило изазвало, што је све тужилац свесно пропустио“.¹⁹

Најчешћа ситуација, када оштећени има могућност да прибави податак о регистарској ознаци возила којим му је причињена штета а пропусти да то учини, јесте ситуација када оштећени и возач штетник након саобраћајне незгоде разговарају и напусте лице места без размене релевантних података и обавештавања полиције. Судска пракса сматра да се у таквим ситуацијама не ради о непознатом моторном возилу у смислу

17 Пресуда Вишег суда у Београду, Гж. 14699/10 од 23. маја 2012. године.

18 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1642/15 од 6. октобра 2015. године.

19 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 2636/14 од 4. марта 2015. године.

прописа о обавезном осигурању у саобраћају, односно да оштећени тада нема право на накнаду штете.²⁰

Чињеница да ли је оштећени објективно био у могућности да прибави податке о возилу којим му је проузрокована штета, по схватању праксе јесте од одлучног значаја. Оштећена лица, која због делимичног губитка свести након саобраћајне незгоде нису била у могућности да запишу регистарску ознаку возила којим су повређена и податке о лицу које је истим управљало, имају право на накнаду штете од Гарантног фонда.²¹ Међутим, терет доказивања чињенице да оштећени објективно није био у могућности да прибави податке о спорном возилу сноси сам оштећени. „Како тужилца није пружила ни један доказ који би је оправдао у смислу немогућности да узме податке о возилу и возачу, тужилца сноси последице сопственог нечињења.“²²

Треба нагласити да оштећени може бити у могућности да прибави информације о возилу којим је проузрокована штета, чак и ако је задобио тешку телесну повреду. По природи ствари, већа је шанса да тешка телесна повреда онемогући оштећеног да прибави идентификационе податке о возилу и возачу, него да оштећени због лаке повреде буде спречен да то учини. Међутим, није свака тешка повреда задобијена у саобраћајној незгоди таква да објективно онемогућава повређено лице да прибави релевантне податке. Судови су одбијали тужбене захтеве с образложењем да је тужилац могао прибавити податке о возилу и у случајевима када су задобијене тешке телесне повреде.²³ Приликом одлучивања да ли је оштећено лице могло и да ли је било дужно да дође до информација о возилу којим је изазвана штета, треба узети у обзир све чињеничне околности конкретног случаја. Тежина задобијених повреда јесте само једна од тих околности.

Кроз своју праксу Апелациони суд у Новом Саду развио је појам „непознато возило у објективном смислу“. Наиме, у пресудама Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4383/13 од 4. априла 2014. године и Гж. 437/15 од 16. априла 2015. године наводи се да закон „под непознатим

20 Вид. Пресуду Вишег суда у Новом Саду, Гж. 1700/11 од 7. новембра 2012. године, Пресуду Вишег суда у Новом Саду, Гж. 3183/13 од 21. јануара 2014. године, Пресуду Вишег суда у Пироту, Гж. 272/15 од 28. септембра 2015. године и Пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4563/13 од 1. априла 2014. године.

21 Пресуда Вишег суда у Панчеву, Гж. 323/15 од 8. септембра 2015. године.

22 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4563/13 од 1. априла 2013. године.

23 Вид. Пресуде Апелационог суда у Новом Саду Гж. 2636/14 од 4. марта 2015. године и Гж. 4563/13 од 1. априла 2013. године.

моторним возилом подразумева возило које је у објективном смислу непознато, а не возило које је из неких субјективних разлога и пропуста оштећеног њему лично остало непознато“. По ставу из цитираних пресуда, возило је у објективном смислу непознато када оштећено лице објективно није било у могућности да узме податке о лицу које је управљало моторним возилом, као и о самом возилу, односно када је добило нетачне податке. У осталим случајевима када регистарска ознака возила није позната, реч је о непознатом возилу у субјективном смислу, па не постоји обавеза Гарантног фонда.

Може се рећи да је Апелациони суд у Новом Саду, увођењем појма „непознато возило у објективном смислу“ више формирао значење појма непознато моторно возило употребљеног у закону, него што је открио „право значење“ законске одредбе.

Судска пракса, а највише пракса Апелационог суда у Новом Саду, остварила је знатан утицај на праксу Удружења. Захваљујући наведеним пресудама Апелационог суда у Новом Саду, Удружење је поступало без недоумица по вансудским одштетним захтевима, којима је тражена накнада штете проузроковане непознатим возилом у случајевима када је због радњи и порпуста самог оштећеног лица возило остало непознато. Чак је и термин „непознато возило у објективном смислу“, који се у закону уопште не помиње, преузет из образложења парничних пресуда. Наиме, приликом образлагања својих вансудских одлука о одбијању захтева за накнаду штете изазване непознатим возилом, Удружење је наводило да штета није проузрокована „непознатим возилом у објективном смислу“, јер је оштећени имао могућност да прибави податке о предметном возилу.²⁴

III Утемељење ставова праксе

Само оштећени, који је предузео све што би разуман и пажљив човек учинио како би заштитио своја права према осигуравачу возила којим је нанета штета, односно како би возило којим је проузрокована штета било идентификовано, може имати право на накнаду штете из средстава Гарантног фонда. Овакав став доводи до правичних резултата. Он је утемељен на принципу да је појединац дужан да штити своје интересе, а да ће их заједница заштитити тек ако он сам, из оправданих разло-

24 Вид. Одлуке Удружења Гф. 715/15 од 30. октобра 2015. године, Гф. 852/15 од 18. септембра 2015. године, Гф. 799/14 од 11. септембра 2014. године, Гф. 246/15 од 9. марта 2015. године, Гф. 125/15 од 4. фебруара 2015. године, Гф. 112/15 од 3. фебруара 2015. године и Гф. 1408/14 од 29. децембра 2014. године.

га то није могао да учини. Појединцу не сме бити допуштено да занемари своје добро, поуздајући се у то да ће се заједница с њиме солидарисати и да ће отклонити негативне последице занемаривања.

Захтев да оштећено лице, с пажњом доброг домаћина покуша да прибави податке о возилу којим му је проузрокована штета, у складу је са сврхом Гарантног фонда. Сврха Гарантног фонда јесте потпуна заштита оштећених лицима у случајевима када то прописи обавезног осигурања не омогућавају.²⁵ Ако оштећени, без оправданог разлога, пропусти да идентификује возило којим је штета нанета, не може се сматрати да је штета проузрокована возилом које није обухваћено осигурањем. Узрок немогућности реализације права на накнаду штете, у таквим случајевима, јесу пропусти оштећеног, а не несавршеност правила о обавезном осигурању од одговорности.

Судови су интуитивно дошли до правичног и основаног става, по коме у ситуацији када се због радњи и пропуста самог оштећеног лица не може идентификовати возило којим је изазвана штета, оштећени нема право да ту штету накнади од Гарантног фонда. Међутим, судска пракса није успела да ово исправно становиште на задовољавајући начин логички рашчлани и утемељи у законским одредбама.

Дедуктивним извођењем не можемо доћи до закључка да одредбе ЗООС и ЗОИЛ искључују право на накнаду штете проузроковане непознатим моторним возилом, због чињенице да је оштећено лице било у могућности да прибави идентификационе податке о том возилу. Ако је *praemissa maior* правило да оштећени има право на накнаду штете проузроковане непознатим возилом, а *praemissa minor* чињеница да је штета проузрокована возилом које је остало непознато због пропуста самог оштећеног, *conclusio* није да оштећени нема право на накнаду штете. И моторно возило које је остало непознато због пропуста оштећеног лица, „непознато моторно возило у субјективном смислу“, јесте непознато моторно возило. Стога нас исправно закључивање, при наведеним премисама, води равно на закључак да оштећено лице и у таквим ситуацијама има право на накнаду штете из средстава Гарантног фонда.

Права лица којима је штета проузрокована непознатим возилом мање су уређена прописима него права осигураника према осигуравачу. Гарантни фонд сличан је обавезном осигурању у том смислу што оштеће-

25 Предраг Шулејић, „Гарантни фонд у новом Закону о обавезном осигурању у саобраћају“, *Правни живот*, бр. 10/2004, 933.

ном лицу пружа обештећење у случају саобраћајне незгоде.²⁶ Када је осигурање од одговорности за штету проузроковану моторним возилом постављено обавезно, тежиште и циљ тог осигурања премештено је са заштите власника опасних средстава на заштиту жртава тих средстава.²⁷ Због истог примарног циља, коме служе и обавезно осигурање у саобраћају и Гарантни фонд (заштите оштећених), и околности да су и осигуравач и Гарантни фонд ликвидни дужници накнаде штете, постоји сличност између правног односа у коме су оштећени и осигуравајуће друштво и правног односа у коме су оштећени и Гарантни фонд. Те сличности дозвољавају да се на мање уређени правни однос, правни однос у коме је на пасивној страни Гарантни фонд, примене законске одредбе које регулишу уређенији правни однос, правни однос осигуравајућег друштва и оштећеног корисника имовинског осигурања. Преднацрт Грађанског законика управо за такве случајеве препоручује примену закључивања по сличности.²⁸

У имовинском осигурању важи начело некумулације штете, а у овом начелу утемељено је правило о законској персоналној суброгацији.²⁹ Закон о облигационим односима³⁰ и Преднацрт Грађанског законика Републике Србије³¹ изричито предвиђају да исплатом накнаде из осигурања права осигураника према лицу одговорном за штету *ex lege* прелазе на осигуравача.³²

„Постоји могућност да осигураник својим поступцима умањи или лиши осигуравача права која би он касније, по исплати накнаде, могао да врши према трећем одговорном лицу. Осигураник тако може пропустити да предузме мере обезбеђења доказа после наступања штетног

26 Здравко Петровић, Вељко Кнежевић, *Накнада штете настале у саобраћајној незгоди*, Београд, 2009, 63.

27 Маријан Ђурковић, „Заштита жртава цестовног промета кроз институцију гаранцијског фонда“, *Зборник радова 26. сусрета осигуравача и реосигуравача Сарајево*, Сарајево, 2015, 204, доступно на адреси: <http://www.sors.ba/UserFiles/file/SorS/SORS%202015/Zbornik%20radova%202015/06-Curkovic.pdf>, 24.1.2016.

28 Вид. Преднацрт Грађанског законика Републике Србије – Општи део, доступно на адреси: http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/A_Opsti.deo.pdf, 11.1.2016, чл. 12.

29 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 12. издање, Београд, 2012, 187.

30 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 28/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99.

31 Радна верзија Грађанског законика Републике Србије – Облигациони односи – ГЗ, доступно на адреси: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>, 11.1.2016.

32 Вид. ЗОО, чл. 939. ст. 1. и ГЗ, чл. 1204. ст. 1.

догађаја. Овим поступцима несумњиво се наноси штета осигуравачу.³³ Већина упоредних закона предвиђа да се осигуравач ослобађа обавеза према осигуранику када персонална суброгација не може да се оствари у његову корист.³⁴ Наше право такође прописује ову санкцију за осигураника који својом кривицом онемогући прелаз права на осигуравача.³⁵

Ако се након исплате накнаде штете из средстава Гарантног фонда идентификује моторно возило којим је штета проузрокована, Гарантни фонд по изричитој законској одредби има регресно потраживање према осигуравајућем друштву са којим је закључен уговор о обавезном осигурању за то возило.³⁶ И лице оштећено непознатим возилом и осигураник, који без оправдања пропусте да предузму мере обезбеђења доказа после саобраћајне незгоде, спречавају да дође до суброгације, односно регреса. Једина разлика која постоји, а то је да се у првом случају спречава регресно право Гарантног фонда, а у другом прелаз права на осигуравајуће друштво, није довољна да искључи примену аналогije. Због евидентне сличности, требало би да у оба случаја наступи иста правна последица. Та правна последица јесте губитак права на накнаду штете од осигуравајућег друштва, односно губитак права на накнаду штете из средстава Гарантног фонда.

Поступци осигураника којима се онемогућава суброгација могу да доведу до ослобођења осигуравача од обавезе, само ако се могу приписати кривици осигураника.³⁷ Стога је спречавање остварења регреса у корист Гарантног фонда, правно релевантно једино ако је оштећено лице криво за то што возило није идентификовано.

Лице које поступа са мањом пажњом од апстрактно замишљеног правног стандарда добар домаћин, сматра се кривим за штету коју тиме проузрокује другоме. Ако возило остане непознато због тога што оштећени није поступио са пажњом доброг домаћина, оштећеном се може приписати у кривицу немогућност прелаза његових права на Гарантни фонд. Тада оштећени нема право на накнаду штете из средстава Гарантног фонда.

33 Предраг Шулејић, *Право осигурања*, 5. издање, Београд, 2005, 380.

34 Јасна Пак, „Суброгација осигуравача у упоредном праву“, *Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања*, Зборник радова Удружења за одштетно право, Будва, 2004, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Books/Books/726>, 16.1.2016, 349 и 350.

35 Вид. ЗОО, чл. 939. ст. 2. и ГЗ, чл. 1204. ст. 2.

36 Вид. ЗОИЛ, чл. 105. ст. 2. и ЗООС, чл. 92. ст. 3.

37 Предраг Шулејић, *Коментар Закона о облигационим односима – књига друга* (редактор Слободан Перовић), Београд, 1995, 1535.

IV Закључак

Број лица која се обраћају судовима и Гарантном фонду (тј. Удружењу) ради накнаде штете проузроковане непознатим моторним возилом, расте у односу на број лица која од Гарантног фонда траже накнаду штете по другим основама. Све је више захтева за накнаду штете проузроковане непознатим моторним возилом. Најчешће спорно правно питање, које се у поступцима по тим захтевима јавља, јесте питање да ли се возило којим је нанета штета може сматрати непознатим. Пракса је закључила да се возило, које оштећени није идентификовао иако је то могао учинити, не сматра непознатим моторним возилом у смислу прописа о обавезном осигурању у саобраћају.

Чини се да је овакав став праксе исправан. Његова правичност произлази из принципа да је свако одговоран за заштиту сопствених интереса и да би требало да сноси последице сопствених пропуста. Наведени став праксе у складу је и са сврхом Гарантног фонда - потпуном заштитом оштећених лица у случајевима када је штета проузрокована моторним возилом које није обухваћено обавезним осигурањем.

Међутим, судска пракса није успела да свој легитимни став на задовољавајући начин логички рашчлани и утемељи на законским одредбама.

Сличност између правног односа у коме су осигуравач и оштећени осигураник, и правног односа у коме су Гарантни фонд и оштећени, дозвољава да се на правни однос Гарантног фонда и оштећеног аналогно примене законске одредбе које уређују правни однос осигуравача и осигураника. ЗОО, исто као и будући ГЗ, прописује да исплатом накнаде штете од стране осигуравача, на осигуравача прелазе сва осигураникова права према лицу које је по ма ком основу одговорно за штету. ЗОО и ГЗ предвиђају санкцију за радње којима се спречава овај прелаз права на осигуравача. Та санкција јесте ослобођење осигуравача од обавезе према осигуранику.

Идентификација возила којим је нанета штета омогућава Гарантном фонду да износ, који је претходно исплатио оштећеном, поврати од штетничког осигуравача. Радње и пропусти оштећеног, који спречавају ту идентификацију, истовремено спречавају да Гарантни фонд оствари регресно право према осигуравајућем друштву код кога је штетничково возило осигурано од одговорности.

Законске одредбе, које уређују персоналну суброгацију осигуравача у права осигураника, предвиђају санкцију ако се такве радње, односно пропусти, врше на штету осигуравача. Санкција јесте губитак права. Аналогија нам налаже да би исте радње и пропусти, ако се врше на штету Гарантног фонда, требало да изазову идентичну санкцију, тј. губитак права. Стога законско утемељење става, по коме оштећени нема право на накнаду штете ако је због његових пропуста возило остало непознато, можемо пронаћи у правилима о суброгацији осигуравача, тачније у одредби која предвиђа санкцију за спречавање суброгације.

Miloš RADOVANOVIĆ

Legal Advisor in Association of Serbian Insurers – Guarantee Fund

UNKNOWN MOTOR VEHICLE

Summary

Compensation for damage caused by an unknown motor vehicle is becoming increasingly important. The leading cause of litigation between the injured persons and the Association of Serbian Insurers is compensation for damages caused by an unknown motor vehicle. In these cases, as controversial legal issue the question of whether the vehicle which caused the damage can be regarded as unknown usually arises. The courts have come to the opinion that the motor vehicle cannot be considered unknown, in terms of regulations on compulsory insurance in traffic, if it remains unknown due to negligence of the injured person. One cannot come to such a conclusion by deductive reasoning starting from the legal provision on the right to compensation of damage caused by an unknown vehicle. However, it seems that the above said opinion of the court is still accurate. In this article the author will try to find the theoretical grounds for this opinion. These grounds, according to the author, should be sought in the general rules governing property insurance and the purpose the Guarantee Fund serves.

Key words: *insurance, compulsory insurance in traffic, motor third party liability insurance, Guarantee Fund, unknown motor vehicle, redress of damage.*

**Мирјана ГЛИНТИЋ, мастер
истраживач сарадник у Институту за упоредно право, Београд**

СТРУЧНЕ КВАЛИФИКАЦИЈЕ ЗАСТУПНИКА И ПОСРЕДНИКА У ПРАВУ ОСИГУРАЊА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Иако у Србији није довољно развијена продаја осигурања путем дистрибутивних канала, законодавац је препознао значај регулисања делатности посредника и заступника у праву осигурања. Законом о осигурању прописани су нови услови за стицање звања овлашћеног посредника и заступника, јер се искристалисала идеја да овом делатношћу треба да се баве само лица која поседују одређене професионалне квалификације и која на тај начин омогућавају успостављање стабилнијег и продуктивнијег система продаја полиса осигурања. Потпуно нов услов за стицање овлашћења је постојање одређеног радног искуства. Колико ће нови критеријум бити успешан, време ће показати, али се свакако морају похвалити настојања да се држи корак са савременим тенденцијама професионализације посредника и заступника у осигурању.

Рад се састоји од три дела. Први део рада посвећен је анализи прописа права Европске уније о професионалним захтевима предвиђеним за овлашћене посреднике. У другом делу су детаљније представљени услови професионалне квалификације за стицање лиценце у праву Републике Србије, док су у трећем делу, дати предлози за усавршавање регулативе у овој области, заснивани на анализи упоредноправних решења.

Кључне речи: *посредник, заступник, професионална квалификација, стручна оспособљеност, дужина радног искуства.*

І Увод

Усвајање Закона о осигурању - ЗОС 2014. године унело је извесне промене у регулисању материја заступника и посредника у праву осигурања. Осим што је дефинитивно онемогућена пракса да једно лице истовремено

но обавља и послове заступања и посредовања,¹ измењени су и услови који се морају испунити да би стекло својство овлашћеног заступника и посредника у осигурању. Учињени су одређени кораци ка даљој професионализацији овог занимања постављајући као један од услова и извесно радно искуство у области финансијских услуга. У међувремену, Народна банка Србије је на основу ЗОС² донела Одлуку о стицању звања и усавршавању овлашћених посредника и заступника у осигурању,³ којом су прецизиране одредбе ЗОС у овој материји. Из самог наслова Одлуке, јасно је да се нови захтеви за стицање звања постављају не само пред лица која тек треба да постану овлашћени заступници и посредници, већ и пред већ овлашћена лица. Иако је рано за давање суда о коначним утицајима последицама доношења Одлуке на продају осигурања путем дистрибутивних канала, извесно је да су учињени одређени кораци ка усклађивању са стандардима Европске уније.⁴ Истовремено, јавила се и бојазан да ће настати изванредан отпор бранше, јер се додатни захтеви и оптерећења постављају пред већ овлашћена лица. Али то не би требало да буде узрок одустајања од усавршавања заступника и посредника у области права осигурања. На тај начин, осим што ће њихови професионални поступци уживати већи кредибилитет, и углед осигуравајућих друштава може значајно порастати услед ангажовања професионалних лица за обављање тако одговорних послова, као што су посредовање и заступање. Могао би се успоставити стабилнији, продуктивнији и квалитетнији систем продаја полиса осигурања без оснивања нових филијала осигуравајућих друштава, која се, иако имају приступ великом броју тржишних канала, ипак одлучују за ангажовање посредника.⁵ У овом тренутку, Република Србија једна је од ретких држава у којој се продаја услуге осигурања врши најчешће директном продајом, односно без укључивања екстерних канала ди-

1 Закон о осигурању – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 139/14, чл. 86, ст. 2.

2 ЗОС, чл. 92, ст. 4. и 5, чл. 105, ст. 4. и 5.

3 Одлука о стицању звања и усавршавању овлашћених посредника и заступника у осигурању – Одлука НБС, *Сл. гласник РС*, бр. 38/15.

4 Појавила су се чак и извесна истраживања која указују да степен образовања и професионале квалификације посредника и заступника немају тако велики утицај на ваљано обављање њихових законских дужности, те је стога потребно спровести и детаљније истраживање на ову тему. Вид. Martina Eckardt, „The Quality of Insurance Intermediary Services - an Analysis of Conduct and Performance in the German Market of Insurance Intermediation“, *Thünen Series of Applied Economic Theory*, Rostock, 2006, 16.

5 David Cummins, Nail Doherty, „The Economics of Insurance Intermediaries“, *Journal of Risk and Insurance* 73/2006, доступно на адреси: http://www.insurancejournal.com/downloads/WhartonStudy_2005.05.20.pdf, 15.03.2016, 359-360.

стрибуције, који укључују посредовање, заступање и банкоосигурање.⁶ Када се упореде доступни подаци за земље Европске уније - ЕУ и за Републику Србију види се да је једино још у Хрватској висок проценат директне продаје (око 40 одсто), док се у осталим земљама тај проценат креће између 5 и 20 одсто.⁷ Чињеница која делимично збуњује је та да је у Србији регистровано око 15 хиљада заступника и посредника, а да се продаја опет не врши путем ових канала,⁸ јер је велики број ових лица неактиван.

У крајњој линији, исход може бити и све већа популаризација осигурања у Републици Србији услед бољег упознавања и приближавања ове гране права грађанству, којима ће на тај начин бити пружена боља заштита њихових интереса у уговорном односу. „Култура“ закључивања уговора о осигурању у Србији није довољно развијена, што је делимично последица постојећег неповерења према продавцима у осигурању и непознавања позитивних аспеката осигурања.⁹ Објашњење за такав однос према осигурању се извесно може пронаћи и у недовољном улагању у образовање у тој области и последичној немогућности успостављања другорачнијих односа са корисницима услуга осигурања.

II Професионалне квалификације посредника у праву Европске уније

Свесна значаја овог питања, ЕУ је донела Директиву о посредовању,¹⁰ која полази од става да „посредници имају главну улогу на тржишту осигурања у дистрибуцији производа осигурања и реосигурања”.¹¹ Развој

6 Владимир Ђорђевић, „Дистрибуција, први корак на путу ка широј заступљености система осигурања“, рад представљен на 26. сусрету осигуравача и реосигуравача, Сарајево, 2015, 265, 266. Према ауторовим речима, преко 80 одсто премија прикупљено је путем директне продаје.

7 Изнети подаци потичу од *Insurance Europe* за 2015. годину и односе на методе продаје животног осигурања. Статистика показује да је удео директне продаје неживотног осигурања нешто већи. Више података доступно на адреси: <http://www.insuranceeurope.eu/insurance-distribution>, 10.03.2016.

8 Податак наведен према Извештају за треће тромесечје за Сектор осигурања у Србији, Народна банка Србије, Сектор за надзор над обављањем делатности осигурања, 5.

9 И даље је најприсутније осигурање од аутоодговорности, које је обавезно.

10 Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation, *OJ L* 9, 15.1.2003.

11 Јован Славнић, „Модел за регулисање статуса и послова посредника и заступника осигурања у српском праву“, *Посредници и заступници у српском праву и праву ЕУ* (уредник Јован Славнић), Београд, 2007, 65. У почетку су се уговори о осигурању продавали директно, и тек је временом дошло до ангажовања лица на основу уговора, на основу ког су деловала у име и за рачун осигуравача или их доводили у везу са потенцијалним осигураницима. Детаљније вид. Јасна Пак, „Правни

нових осигуравајућих производа, појава све већег броја осигуравајућих друштава, као и сложеност уговора о осигурању водили су ка развоју делатности посредовања, јер се показала као неопходна помоћ професионалног лица које може изаћи у сусрет прохтевима и корисника услуге осигурања и осигуравача.¹² Директивом је прописан минимум професионалних захтева које државе чланице морају прописати за бављење посредовањем, као и правила у вези са њиховом регистрацијом код надлежних националних институција,¹³ што је захтевало системску измену прописа.¹⁴

Чланом 4. Директиве се предвиђа да посредници морају бити стручно оспособљени, да имају кредибилитет за обављање послова, да обезбеде осигурање за штете из одговорности за вршење послова, као и да пруже одговарајућу заштиту потрошачима од инсолвентности посредника приликом преноса премија, накнада штете и враћања премија, док за већ овлашћена лица предвиђа њихову аутоматску регистрацију. Директива посебно наглашава да државе чланице могу прилагодити степен захтеване стручне оспособљености посредницима који обављају неку професионалну активност поред посредовања у осигурању. У тим случајевима, посредник се може бавити посредовањем ако један посредник испуњава услове из Директиве, као и када осигуравајуће друштво преузме потпуну одговорност за рад таквог лица. Када је реч о зависним посредницима, онда осигуравајуће друштво може да проверава да ли су знање и способност посредника одговарајући за обављање активности посредника. Прописане квалификације ограничене су на лица у управи одговорна за обављање посредовања, као и на лица која директно учествују у посредовању у ре/осигурању. Није неопходно да сви запослени у друштву за посредовање буду квалификовани на тај начин. На основу представљених услова, стиче се утисак да Директива омогућава великом броју лица

положај лица која се баве посредовањем у осигурању“, *Безбедност саобраћаја, осигурање и накнада штете*, Београд, 2015, 1.

12 Peter Maas, „How insurance brokers create value – a functional approach“, *Risk Management and Insurance Review*, 13/2010, 1-20. Такође, *Improving Financial Education and Awareness on Insurance and Private Pension*, OECD Publishing, 2008, 13.

13 Тако и Ј. Славнић, 16, 17.

14 За процес имплементације Директиве у Немачкој и Аустрији, детаљније вид. Зоран Јањић, „Спровођење Смернице о посредовању о осигурању у законодавствима Аустрије и Немачке“, *Посредници и заступници у српском праву и праву ЕУ* (ур. Јован Славнић), Београд, 2007, 49-54. Такође, Peter Reiff, *Das Gesetz zur Neuregulierung des Versicherungsvermittlerrecht*, Karlsruhe, 2007, 717; Mathias Beenken, „Eine Aufsicht über alle Vermittler fehlt immer noch“, *Versicherungswirtschaft*, бр. 14/2010, 1030.

да се баве делатносшћу посредовања, што даље води ширењу мреже дистрибутивних канала продаје услуге осигурања.

Почетком ове године ступила је на снагу нова Директива о дистрибуцији осигурања,¹⁵ којом су критеријуми професионалне оспособљености посредника подигнути на још виши и захтевнији ниво и детаљније регулисани, уз остављање могућности блажих критеријума за зависне посреднике.¹⁶ Обавеза континуираног професионалог усавршавања у трајању од најмање 15 часова годишње сада је прописана словом Директиве, без остављања простора за размишљање да ли државе чланице треба да предвиде такву обавезу или не.¹⁷

III Заступници и посредници у праву осигурања Републике Србије

Иако се право осигурања у Републици Србији развијало и пре Другог светског рата,¹⁸ до развоја уговора о посредовању и заступању дошло је много касније, јер је Државни осигуравајући завод дуго имао монопол на закључивање уговора о осигурања.¹⁹ Основним законом о осигурању и осигуравајућим организацијама, као и Законом о основама система осигурња предвиђене су могућности оснивања предузећа за заступање и посредовање, при чему до развоја посредовања долази тек током деведесетих година на овим просторима и то без постојање правне регулативе овог сегмента права осигурања, док је положај заступника, законских, био регулисан Законом о облигационим односима - ЗОО.²⁰

15 Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on Insurance Distribution, *OJ L* 26/19.

16 Директива о дистрибуцији осигурања, чл. 10.

17 Детаљније о новој Директиви може се наћи на страници: <http://www.out-law.com/en/topics/insurance/insurance-brokers-and-intermediaries/the-insurance-distribution-directive-changes-to-the-regulation-of-insurance-intermediaries-in-the-eu/>, 13.03.2016.

18 Владимир Чоловић, *Осигуравајућа друштва, Законодавство Србије, право ЕУ, упоредно право*, Београд, 2010, 28-33.

19 Ивица Јанковец, *30 година осигурања имовине и лица у СФРЈ*, Београд, 1976, наведено према: Слободан Јовановић, „Улога посредника и заступника осигурања у закључивању, извршавању и продужењу уговора о осигурању и природи и садржини уговора које они закључују са клијентима у праву Велике Британије и српском праву“, *Посредници и заступници у српском праву и праву ЕУ* (уредник Јован Славнић), Београд, 2007, 74.

20 Шиме Ивањко, *Посредници у осигурању у државама бивше Југославије*, 2005, доступно на адреси: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-UDxn_sVCHsJ:dkorenjak.eu/files/sime_ivanjko/PoSrednici-i-zastupnici-u-osiguranju-u-drzavama-bivse-Jugoslavije.doc+e&cd=1&hl=sr&ct=clnk&gl=rs,09.03.2016.

Наведени историјски подаци јасни су показатељи да су посредовање и заступање још увек младе професије и да зато не треба да изненађују стални покушаји да се оне усаврше и подигну на виши професионални ниво. Остваривање поменуте улоге предевиђене Директивом ЕУ, као и опстанак заступника и посредника на тржишту осигурања зависи од висине њиховог знања и образовања, које стичу првенствено усавршавањем, с обзиром да за ову област не постоје посебне специјализоване школе и смерови на факултету.

1. Обавезе посредника и заступника према ЗОС

Анализом обавеза посредника и заступника према ЗОС²¹ јасно је да и српско право схвата заступнике и посреднике као важне учеснике на тржишту који су упознати са принципима пословања и приликама на тржишту и да као такви представљају значајну спону између потенцијалних осигураника и осигуравајућих друштава. Неке од права и обавеза уређене су по узору на решења из Директиве и свакако да је видљив напредак у односу на ранија законска решења, али свакако да постоји још простора за усавршавање ове области.²²

Према ЗОС, посао посредника је да доведе у везу осигураника / уговарача осигурања и друштва за осигурање ради преговарања о закључењу уговора о осигурању, да обави послове припрема за закључење овог уговора, као и да пружа помоћ при вршењу права из тих уговора, нарочито при решавању одштетних захтева.²³ Са друге стране, послови засту-

21 Закон о осигурању користи термине заступник и посредник, а да при том не постоји појам посредовање као заједнички који обухвата сва лица која учествују у послу осигурања, као што је то случај са Директивом и одређеним правима држава чланица, где су појмом посредовања обухваћене радње агената и брокера не само у периоду до закључења уговора (као код трговачког посредника), него и за време трајања уговора. Агент закључује уговор са осигуравачем, на основу ког наступа у његово име и рачун, док брокер делује у своје име и у свој рачун водећи рачуна о интересима корисника услуге осигурања. Међутим, иако су њихове обавезе дефинисане у складу са тим који им је друга уговорна страна, не постоје препреке да брокер води рачуна о интересима осигуравача, а агент о интересима клијента. У литератури се могу наћи и одређења агента као зависног, а брокера као независног посредника с обзиром да брокер није обавезан да изабере осигуравача, а агент јесте, јер је за њега везан уговором. Детаљније вид. Ј. Пак, 4-9; D. Cummins, N. A. Doherty, 361; Hazel Beh, Amanda M. Willis, „Insurance Intermediaries“, *Connecticut Insurance Law Journal*, 2/2009, 571-598.

22 Наташа Петровић-Томић, „Нека актуелна питања нацрта Закона о осигурању“, *Правни информатор*, бр. 10/2012, 37-41.

23 ЗОС, чл. 85. Према ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 70/2004, 61/2005, 85/2005, 101/2007, 63/2009, чл. 72, обавезе посредника само су се сводиле на довођење у везу осигураника са дру-

пања су послови покретања, предлагања или обављања послова припреме и закључивања уговора о осигурању у име и за рачун друштва за осигурање.²⁴ По ЗОО, заступници могу обављати и послове заступања и помоћи у обради штете и процене ризика.²⁵ Дакле, може се закључити да посредници воде рачуна о интересима осигураника / уговарача осигурања, док заступници чувају интересе осигураника.²⁶

Док Директива о посредовању говори само о обавези давања информација,²⁷ ЗОС као посебну обавезу друштва за посредовање,²⁸ предвиђа и пружање објашњења и савета о околностима које су значајне за закључење и спровођење уговора о осигурању,²⁹ што није тако лако оствариво у директној продаји од стране осигуравача.³⁰ Уколико посредник обави своје дужности у вези са информисањем на професионалан начин, потенцијални корисник услуге ће се одлучити за закључивање уговора, јер стиче утисак да су његови интереси према осигуравачу довољно заштићени и у току трајања уговора осигурања, као и при обнови полисе осигурања.³¹

штвом за осигурање ради преговарања о закључењу уговора, без навођења додатних послова које би могао да има у току трајања уговора о осигурању. Детаљније вид. Ј. Славнић, 59.

24 ЗОС, чл. 97.

25 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 88, ст. 2.

26 О разликама између посредника и заступника, детаљније вид. Велисав Марковић, „Разграничење заступништва и сродних установа“, *Право – теорија и пракса*, бр. 1-3/2015, 30-46.

27 Mario Zinnert, *Neues Versicherungsvermittlerrecht von A bis Z, Kompakte Informationen für den Praktiker*, Karlsruhe 2010, 155. Детаљније разматрање разлика између саветовања и информисања превазилази оквири овог рада, детаљније вид. Christoph Brömmelmeyer, „Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherers- insbesondere in der Lebensversicherung“, *Versicherungsrecht*, 2009, 585, наведено према: Наташа Петровић-Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања, анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Београд, 2015, фн. 689.

28 Обавеза информисања није резервисана само за посреднике, већ и за заступнике, вид. Н. Петровић-Томић, 2015, фн. 446.

29 ЗОС, чл. 94.

30 Тако и Маријан Ђурковић, „Европско право посредовања у осигурању“, *Осигурање, накнада штете и нови Закон о парничном поступку*, Златибор, 2012, фн. 14.

31 О потребама даљег усавршавања ове области, вид. С. Јовановић, 81-84, 88-90; Н. Петровић-Томић (2015), 150-156; Поруче са 16. Саветовања Удружења за право осигурања Србије, *Право осигурања, управа и транспарентност - основе правне сигурности*, одржаног на Палићу 17-19. априла 2015. године; Hans Peter Schwintowski, Christoph Brömmelmeyer, *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, LexiNexis, Aachen 2008, 42-60.

2. Стицање својства овлашћеног заступника и посредника

Делимични приказ законских дужности и одговорности заступника и посредника у дистрибутивним каналима продаје услуге осигурања, у садејству са постепеним развојем тржишта осигурања и порастом броја лица заинтересованих за стицање својства овлашћених заступника и посредника, јасни су показатељи да је потребан што транспарентнији, озбиљнији и професионалнији приступ провери оспособљености за обављање ових послова, као и у организовању додатног образовања и усавршавања ових лица. Досадашње стављање акцента на остваривање што веће продуктивности наместо на образовање и усавршавање довело је до стварања краткорочних стратегија за освајање тржишта. Из тог разлога мали је број осигуравајућих друштава који имају сталну мрежу корисника њихових услуга, а број неактивних заступника и посредника је постајао све већи.³² Објашњење за такву статистичку може се делимично наћи у великим притисцима којима су заступници изложени, у смислу броја уговора који морају да закључе, а који нису обучени да на адекватан начин те обавезе и испуне. Стога, често се дешава да одустану од даљег обављања ове делатности. Елемент који недостаје успешном функционисању тржишта у овом сегменту је свакако развој конкуренције међу заступницима, која у овом тренутку није довољно присутна услед малог процента лица која се баве заступањем на професионалан начин.³³

Нови Закон о осигурању унео је извесне измене у погледу послова друштава за посредовање, друштва за заступање и заступника, који су били дужни да ускладе своје пословање и организацију са захтевима из новог Закона до 25. децембра 2015.³⁴

Стицање звања овлашћених заступника и посредника сада је условљено испуњавањем строжијих услова у односу на услове из претходног ЗОС, а све са циљем професионализације ове области. Наиме, раније је за стицање овлашћења за обављање послова посредовања и заступања било довољно да подносилац захтева има пребивалиште на територији Србије, да је пунолетан и пословно способан, да је положио стручни испит за

32 Према подацима за 2013. годину, од 206 регистрованих агенција за заступање 95 није активно.

33 Лист компаније „Дунав осигурање“, бр. 361/2013, 13.

34 Обавештење друштвима за посредовање у осигурању, друштвима за заступање у осигурању и предузетницима - заступницима у осигурању у вези са обавезом усклађивања са Законом о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014.

обављање послова посредовања, као и да му није изречена мера забрана обављања делатности.³⁵

ЗОС из 2014. године по први пут прописује да, поред положеног стручног испита и услова везаних за пословну репутацију, лице која намерава да се бави пословима заступања и посредовања мора имати одговарајуће стручне квалификације и искуство.³⁶ Одлуком Народне банке Србије прецизиране су одредбе о потребној стручној квалификацији и искуству,³⁷ које у случају овлашћеног посредника значе високу стручну спрему и најмање једну годину радног искуства у лицу које пружа финансијске услуге, док, када је реч о овлашћеном заступнику обухватају најмање средњу стручну спрему и најмање шест месеци радног искуства у финансијском сектору.

Даља специјализација и усмеравање будућих посредника и заступника огледа се и у новопрписаној садржини програма стручног испита. Према Одлуци НБС из 2006. године, стручни испит је захтевао познавање следећих области: право осигурања, облигационо право, привредно право и основи пословања друштва за осигурање. У складу са новом Одлуком НБС, не постоји обавеза полагања испита из привредног права, већ је испитна материја сужена тако што је прописано да ће се полагати испит посредовања, односно заступања у осигурању.³⁸

И поред очигледног напретка у регулисању ове области уочавају се извесни недостаци и недоречености, које ће се највероватније временом прецизирати. Једна од замерки која се може ставити у погледу захтеваног радног искуства је та што не постоји могућност да се од кандидата тражи професионално искуство различитог трајања у зависности од тога

35 ЗОС 2009, чл. 82, 95; Одлука о садржини и начину полагања стручног испита за обављање послова посредовања, односно заступања у осигурању и начину доказивања испуњености других услова за одбијање овлашћења за обављање тих послова, *Службени гласник РС*, бр. 80/2006.

36 ЗОС, чл. 92, 105.

37 Одлука НБС, *Службени гласник РС*, бр. 38/2015.

38 И ранији Програм за полагање испита је у оквиру испита из Привредног права предвиђао познавање основа пословања заступника у привредном праву, али само као једно од још 20 других области привредног права. Према новом Програму, фокус је на посредовању и заступању у осигурању (подвукла Мирјана Глинтић), уз посебан акценат на упознавању са самим појмом посредника / заступника, њиховим правним положајем и обавезама. Више података доступно на адреси: http://nbs.rs/export/sites/default/internet/latinica/20/osg/sticanje_zvanja_posrednika_zastupnika_n_pri-log1.pdf, 15.03.2016.

Попуњавање раније правне празнине у погледу лица која су већ стекла овлашћење мора се похвалити. За њих није прописана обавеза поновног полагања испита, али јесте обавеза додатног усавршавања у трајању од двадесет часова годишње на начин прописан Одлуком, као и обавеза да сваке три године достављају доказ о испуњености ових дужности. Обавеза достављања потврда делимично је инспирисана и настојањем да се изврши коначан попис и регистрација овлашћених посредника и заступника, што представља једну од будућих обавеза из европских Директива у овој области. Начин на који је уређена ова обавеза представља добро решење у поређењу са, на пример, ранијим решењем из хрватског права, које предвиђа да ново надзорно тело, Хрватска агенција за надзор финансијских услуга, издаје већ овлашћеним заступницима и посредницима нову лиценцу, иако је већ поседују,⁴⁶ што је представљало озбиљно административно оптерећење.

IV Закључак

Приликом оцене да ли је прописивање одређених стручних квалификација за овлашћене заступнике и посреднике оправдано или не, морају се узети у обзир све законске обавезе ових лица како према осигуравачима, тако и према потрошачима, али и начин на који је регулисано питање њихове одговорности.⁴⁷ Ангажовањем заступника одређених квалификација, који је добро упознат са принципима функционисања тржишта осигурања смањује вероватноћу да ће наступити извесна штета, која ће ангажовати одговорност осигуравајућег друштва.⁴⁸ Осигуравач одговара осигуранику за пропусте заступника на основу правила о одговорности за другога,⁴⁹ док заступник одговара за неиспуњење своје обавезе осигуранику по основу правила о вануговорној одговорности. Из наведе-

сигурању, *Народне новине*, бр. 16/2016, чл. 4; Verordnung über die Versicherungsvermittlung und -beratung, пар. 3, 4, Act of 22 May 2003, on Insurance Mediation, *Official Gazette*, 124/2003, art. 9, section 1.

46 Према хрватском Закону о осигурању заступници и посредници су били дужни да у року од 6 месеци од дана ступања на снагу затраже од надзорног издавање овлашћења за обављање послова посредовања и заступања, иако већ имају лиценцу коју је у претходном периоду издало Министарство финансија! Закон о осигурању, *Народне новине*, бр. 151/2005 од 23.12.2005, чл. 299.

47 Детаљније о правилима одговорности посредника и заступника вид. Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Београд, 2005, 161-162, 164.

48 ЗОС, чл. 107: „За радње предузете у обављању послова заступања у осигурању одговара друштво за осигурање“.

49 Реч је о пропустима заступника насталим у вези са извршењем овлашћења која има на основу уговора о заступању.

ног разлога, интерес је осигуравајућих друштава да сарађују са високо квалификованим професионалцима.

Професионално обављање посредовања још увек је млада делатност код нас и тек ће се постепено развијати уопште свест о могућности обештећења од посредника, а не само од осигуравача. У земљама развијене тржишне привреде је проузроковање штете потрошачу од стране посредника се све више кажњава.⁵⁰ Посредник има низ обавеза у фази припрема за закључење уговора до његовог престанка⁵¹ и све време води рачуна о интересима осигураника и да делује у складу са правилима професије у извршавању својих уговорних обавеза према осигуранику.⁵² Осим одговорности према осигуранику, посредник може бити одговоран и према осигуравачу, уколико је од будућег осигураника добио налог да закључи уговор, а осигуравач успе да докаже да је због незакључења претрео штету.

Кратка анализа одредби о одговорности посредника и заступника у осигурању јасан је показатељ, поред осталих аргумената наведених у раду, да је законско уређење стручне оспособљености оправдано и да је српско законодавство у овој, до сад нерегулисаној области, све више усклађено са стандардима ЕУ. Осим тога, вођење регистра посредника и заступника представља додатну гаранцију осигураницима да су изабрали овлашћеног посредника или заступника, који ће своје уговорне обавезе извршити у складу са правилима струке.

Свакако да се отвара изванманеварски простор за даље усавршавање ове области, што је и очекивано с обзиром да је у питању нова и до скоро недовољно регулисана област права осигурања.

Основна замерка која се у стручној литератури наводи јесте непостојање разлике у српском праву између зависних и независних посредника и заступника. Прављење ове разлике је нужно и са аспекта одређивање захтеваног степена квалификације. У комунитарном праву, прави се разлика између брокера, од којих се захтева највиши степен квалификације, независних заступника, који морају испунити нешто ниже критеријуме, и зависних заступника којима то није основна делатност.⁵³ У ЗОС

50 Јасна Пак, *Право осигурања*, Београд, 2008, 179.

51 ЗОС изричито предвиђа обавезе друштва за посредовање, чиме су одређене границе њихове грађанске одговорности.

52 Најчешћи разлог покретања одговорности посредника је што кривицом посредника уговор о осигурању не покрива последице штетног догађаја или бар не у целости, Ј. Пак (2008), 179.

53 Ј. Славнић (2007а), 65-70.

се праве извесне разлике у погледу стручне оспособљености заступника и посредника, али ту се завршава свако даље класификовање ових лица. Прављењем разлике успоставила би се одговарајуће сразмера између улоге посредника и заступника на тржишту и ризика повезаних са производима које продају, али и избегло гомилање повезаних административних трошкова.

У погледу услова стручне оспособљености, новим Законом о осигурању прописано је постојање радног искуства у области пружања финансијских услуга, а не стриктно у области осигурања, што је донекле у раскораку не само са упоредноправном праксом, него и са настојањима нашег законодавства да се ова делатност уско специјализује.

У вези са условом захтевног радног искуства, као спорна се постављају два питања: прво, да ли је прописана дужина трајања радног искуства довољна за професионално обављање делатности заступања и посредовања, и друго, да ли је било потребно прописати различиту дужину радног искуства у зависности од образовања које је кандидат стекао? Оба питања формулисана су у складу са упоредноправним законодавством, које би требало консултовати како би се изнашло најбоље решење примењиво у пракси. У том процесу ипак је нужно схватити да постоје разлике између националних тржишта, чијим карактеристикама су професионални захтеви прилагођени. Стога је најважније уочити принципе функционисања добре праксе, чији саставни део чини инсистирање на континуираном професионалном усавршавању.

Законодавац је препознао значај континуираног усавршавања, пре свега за лица која су већ стекла овлашћење за бављење делатношћу. Није изненађујуће да је обавеза везана за похађање одређеног броја часова, јер је то уобичајно и на нивоу ЕУ, али квантификација овог услова ствара извесну бојазан да ће акценат бити на испуњавању формалног услова наместо на истинском подизању квалитета обављања делатности.

У овом тренутку рано је и незахвално говорити о успешности нових одредби о заступницима и посредницима, али несумњиво да представљају важне кораке на путу ка професионализацији и уједначавању правила у овој области, као и њиховом одвајању од заступника и посредника из трговинског права, као ипак специфичних субјеката правног промета.

Mirjana GLINTIĆ, M.A.

research associate at Institute for comparative law, Belgrade

PROFESSIONAL REQUIREMENTS FOR LICENSED BROKERS AND AGENTS IN THE INSURANCE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Even though that in the Republic of Serbia the most common way of selling insurance is not through insurance indirect distribution channels, the legislator recognized the importance of regulating insurance brokers' and agents' profession. Due to this fact and idea that only persons that fulfill certain professional requirements should be active as brokers and agents, new Insurance law prescribes new conditions for becoming licensed insurance agent or broker. This way it would be possible to establish and develop stabile and productive system for selling insurance policies. One new and especially interesting condition is the one requesting certain work experience for gaining the license. At this moment it is too early to speak about the success of the new prescribed condition, but one has to commend the endeavors to keep up with the new currents in legislation dedicated to insurance brokers and agents.

Paper consists of three parts. First part is dedicated to analysis of the European legislation dedicated to professional requirements for brokers; in the second part conditions concerning professional qualifications for becoming a licensed insurance broker or agent in the Republic of Serbia are described thoroughly, whilst the third part, actually the Conclusion, gives suggestions for improving legislation in this field, based on the comparative legislative solutions.

Key words: *agent, broker, profession qualification, professional competence, duration of work experience.*

Тијана СТАНОЈЕВИЋ, мастер

ОРГАНИ УПРАВЕ АКЦИОНАРСКИХ ДРУШТАВА ЗА ОСИГУРАЊЕ ПО НОВОМ ЗАКОНУ О ОСИГУРАЊУ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ЗАКОН О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА

Резиме

С обзиром на особености делатности осигурања, уређивање организације друштава за осигурања препуштено је посебном закону – Закону о осигурању (2014). На тај начин решена је проблематика настала неслagaњем два закона којима је уређиван статусни део права осигурања – Закона о осигурању (2004) и Закона о привредним друштвима (2011), и постављени су јасни правни оквири којим су утврђени начин оснивања, органи и надлежности органа управе. Као једини модел организације друштва прихваћен је дводомни модел, издвајају се посебно услови за именовање на функцију члана управе, таксативно се наводе надлежности органа управе. У раду се износи оправданост одабира дводомног модела управљања као јединог модела у коме се друштво за осигурање може основати, као и прецизног навођења надлежности органа управе. Са друге стране издвајају се услови за именовање члана управе, не само од услова које је потребно да буду испуњени да би једно друштво добило дозволу за обављање послова осигурања, него и из самог Закона о осигурању и пребацује се део услова у подзаконски акт чије поједине одредбе подсећају на законске – Одлуку о спровођењу одредаба Закона о осигурању које се односе на издавање дозвола за обављање послова осигурања/реосигурања и појединих сагласности Народне банке Србије.

Кључне речи: друштва за осигурање, органи управе, дводомни модел, услови за именовање.

І Избор дводомног модела управљања као обавезног модела

Ранијим Законом о осигурању (2004)¹ и Законом о привредним друштвима (2004)² остављен је избор између два модела управе, једнодомног и дводомног модела, а у циљу изласка у сусрет мањим друштвима за осигурање. Заправо ЗОС (2004) није уређивао ово питање,³ и у потпуности се ослањао на ЗПД (2004) који изричито није наводио постојање два модела. Као обавезне органе наводио је управни одбор (отворено и затворено акционарско друштво) или директора (само за затворено),⁴ али је код затворених друштава остављана могућност успостављања извршног одбора.⁵ Јасно одређивање модела управљања и делокруга није постојало до доношења Закона о привредним друштвима (2011)⁶ који прави разграничење између једнодомног и дводомног модела управљања друштвом.

Са новим Законом о осигурању⁷ инсистира се на дводомном моделу управе, са извршним и надзорним одбором као обавезним органима, а као оправдање се наводи бољи и сигурнији надзор над радом друштава. Наиме, на тај начин улога надзорног одбора биће истакнута, сачињаваће га професионалци, односно из ранијег управног одбора биће пребачени неизвршни директори и сачињаваће надзорни одбор. Надзорни одбор се сматра бољим контролним органом од скупштине друштва, што се не може спорити узимајући у обзир лица која су у његовом саставу, које услове морају да испуне да би добили сагласност Народне банке Србије, као и чињеницу да су изабрани од стране скупштине друштва. На тај начин се обезбеђује дупла контрола законитости рада извршног одбора, најпре унутрашње контроле од самог надзорног одбора, а затим и контроле Народне банке Србије као надзорног тела.

1 Закон о осигурању – ЗОС (2004), *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 82/2005, 101/2007, 63/2009 – Одлука УС, 107/2009, 99/2011, 116/2013, 139/2014.

2 Закон о привредним друштвима – ЗПД (2004), *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

3 Вид. ЗОС (2004), чл. 47 ст. 1, чл. 51–54.

4 ЗПД (2004), чл. 307 тач. 1–2.

5 ЗПД (2004), чл. 322 ст. 2.

6 Закон о привредним друштвима – ЗПД (2011), *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015.

7 Закон о осигурању – ЗОС (2014), *Службени гласник РС*, бр. 139/2014.

Из тог разлога је у ЗОС-у (2014) задржан став који је био истакнут током рада на закону, и као органи акционарског друштва за осигурање⁸ наводе се скупштина, надзорни и извршни одбор,⁹ те се из наведеног може закључити и законом одабрани модел управљања, који ће надаље бити обавезан за сва акционарска друштва за осигурање. Оправдање које се даје за овакво решење је постојање вишеструког надзора, што самим тим значи и обезбеђивање сигурности заштите корисника. Са друге стране, решење које је наметнуо ЗОС (2014) подлеже критици, пре свега због постојања мањих осигуравајућих друштава и „цене“ прилагођавања новом моделу управе и оснивању новог органа и установљавању његовог рада, а на даље и због отвореног указивања на некомпетентност неизвршних директора да врше надзор над извршним директорима и наводном чињеницом да ће њиховим издвајањем у посебан орган бити појачан надзор извршних директора, што даље води до јасног истицања неспособности скупштине да утиче на рад управе. Стварање новог органа неће га учинити независним уколико ни лица која га чине нису независна у свом раду.

Са друге стране основни закон којим се уређује статус привредних друштава – Закон о привредним друштвима (2011) даје слободу у избору модела управљања друштвом – једнодомном или дводомногмодела,¹⁰ као да се наведени избор врши статутом друштва.¹¹ ЗПД (2011) уређује организацију акционарских друштава, те за дводомни модел управљања као органе друштва наводи скупштину, надзорни одбор и једног или више директора, односно извршни одбор,¹² с тим да уколико се ради о јавном акционарском друштву оно мора имати најмање три извршна директора, што самим тим значи и извршни одбор.¹³ Интересантно је да поједина друштва на тржишту осигурања прелазе у нејавна акционарска друштва.¹⁴

8 Законом је предвиђена и могућност да друштво за осигурање буде основано у форми друштва за узајамно осигурање, али и да се на органе друштва за узајамно осигурање примењују одредбе које се односе на акционарска друштва за осигурање. ЗОС (2014), чл. 80.

9 ЗОС (2014), чл. 50 ст. 1.

10 ЗПД (2011), чл. 326, 382–416, 417–447.

11 ЗПД (2011), чл. 198 ст 5.

12 ЗПД (2011), чл. 326 ст. 3.

13 ЗПД (2011), чл. 417 ст. 3.

14 Као најсвежији пример може се навести Акционарско друштво за осигурање „ДДОР Нови Сад” које је на ванредној седници скупштине друштва одржаној 6.10.2015. године донело одлуку о престанку својства јавног друштва. Подаци су доступни на сајту Агенције за привредне регистре: <http://pretraga2.apr.gov.rs/EnterprisePublicSearch/Details/EnterprisePublishedDocuments/1044099?code=091AF56A0CE3EBFDCF3E9EE1DE01537281C276FB>.

Акционарска друштва за осигурање су након доношења ЗПД (2011) прилагодила своју организациону структуру у складу са законом, док су то много учинила у очекивању ЗОС (2014), као и након доношења закона у периоду до почетка примене. Интересантно је да су поједина друштва статутом одредила и већи број чланова органа управе, па тако имамо случајеве да је одређен број од 7 чланова надзорног одбора. Уз све разлике, заједничко је да друштва у потпуности прате закон у том нивоу да одредбе закона у потпуности преносе у статуте својих друштва.

II Унутрашња организација према ЗПД (2011) и ЗОС (2014)

Док сам ЗПД (2011) одређује како положај лица на позицијама чланова управе (како извршних директора, тако и чланова надзорног одбора), пре свега одређујући опште услове за избор, затим именовање, мандат, накнаде, одговорности,¹⁵ посебан акценат ставља на надлежности извршних директора, па самим и извршног одбора. На надлежност извршних директора у дводомном моделу примењују се одредбе које се односе на извршне директоре у једнодомном моделу,¹⁶ који воде послове друштва и заступају друштво (законски су заступници).¹⁷ Са друге стране, постоје ограничења у погледу послова које могу вршити без сагласности надзорног одбора, те је за стицање, отуђење и оптерећење удела и акција у другим друштвима, непокретности, узимање кредита, давање јемстава и гаранција за обавезе трећих лица и послове из надлежности надзорног одбора неопходно имати сагласност надзорног одбора.¹⁸ Наравно овај списак може бити проширен самим статутом друштва. У надлежност извршног одбора укључено је вођење послова и уређивање унутрашње организације друштва, припрема седница скупштине и предлагање дневног реда надзорном одбору, израчунавање износа дивиденди, извршавање одлука скупштине, док се одговорност огледа у тачности пословних књига и финансијских извештаја.¹⁹

Узимајући у обзир да је ЗОС (2014) посебан закон којим се уређује организација акционарских друштава за осигурање, те има предност у примени у односу на ЗПД (2011) у погледу статуса и унутрашње структуре наведених друштава. Тако се наводи да је извршни одбор сачињен од

15 ЗПД (2011), чл. 418–431.

16 ЗПД (2011), чл. 422 ст. 1.

17 ЗПД (2011), чл. 388 ст. 1.

18 ЗПД (2011), чл. 422 ст. 2 тач. 1–4

19 ЗПД (2011), чл. 427 ст. 1 тач. 1–7.

најмање два члана, од којих је један председник који представља и заступа друштво за осигурање.²⁰ Извршни одбор води послове друштва и врши надзор над запосленима, а надаље и обезбеђује законит рад друштва, примењује пословне циљеве и пословну стратегију из пословног плана, доноси акт пословне политике друштва и усваја процедуре које се тичу праћења ризика и анализира њихову примену, спроводи систем интерних контрола, спроводи одлуке скупштине и надзорног одбора, подноси надзорном одбору извештаје на кварталном и годишњем нивоу и обавештава га о поступањима која нису у складу са прописима и актима друштва, те обезбеђује сигурност информационог система друштва, а одговара за тачност пословних књига и финансијских извештаја друштва.²¹

Слично као и извршни одбор, и надзорни одбор одређен је како општим тако и посебним законом. ЗПД (2011) наводи да је минималан број чланова три, с тим да увек мора бити непаран број,²² као и да јавно акционарско друштво мора имати једном независног члана надзорног одбора.²³ Што се тиче надлежности надзорног одбора, она обухвата утврђивање пословне стратегије и циљеве друштва и финансијске извештаје, установљава рачуноводствене политике и политике управљања ризицима, надзире рад извршних директора/извршног одбора и врши унутрашњи надзор над пословима друштва. Надаље сазива седнице скупштине и утврђује предлог дневног реда, даје и опозива прокуру, затим издаје одобрене акције и утврђује како емисиону тако и тржишну цену акција и одлучује о стицању сопствених акција. Надзор над радом извршних директора огледа се и у давању сагласности за предузимање послова и предлагање политике њихових накнада скупштини као и њиховом ангажовању у друштву кроз уговор о раду.²⁴ Са друге стране, ЗОС (2014) поново одређује минималан број чланова истоветан броју који одређује општи закон,²⁵ ЗПД (2011), али наводи на једну трећину чланова чине независни чланови друштва,²⁶ што се може тумачити као мало поопштрење у односу на ЗПД (2011) и начин да се обезбеди постојање јаког надзорног одбора.

20 ЗОС (2014), чл. 57 ст. 1–2.

21 ЗОС (2011), чл. 58.

22 ЗПД (2011), чл. 433 ст. 1–2.

23 ЗПД (2011), чл. 437 ст. 1.

24 ЗПД (2011), чл. 441 ст. 1 тач. 1–15.

25 ЗОС (2014), чл. 54 ст. 1.

26 ЗОС (2014), чл. 54 ст. 2

При томе ЗОС (2014) не пооштрава услове који се тичу независног члана, већ се у том делу у потпуности ослања на ЗПД (2011).²⁷

Делокруг надзорног одбора, такође је одређен посебним законом, те се у ЗОС (2014) наводи следеће: утврђивање пословних циљева, стратегије и годишњег плана пословања друштва и надзор над остваривањем наведеног, именовање и разрешавање чланова извршног одбора, овлашћеног актуара друштва и даје и опозива прокуру, надзире рад чланова извршног одбора и одређује њихове накнаде и даје сагласност за предузимање послова, надаље разматра и даје мишљења на финансијске извештаје, годишњи извештај о пословању и извештај о спровођењу политике саосигурања и реосигурања (са мишљењем актуара) и подношење скупштини на усвајање, предлагање скупштини друштва за ревизију и разматрање извештаја ревизора и извештаје интерног ревизора, сазивање седница скупштине и утврђивање предлога дневног реда, издавање одобрених акција, утврђивање емисионе и тржишне цене акција и одлучивање о стицању сопствених акција, такође успоставља систем интерних контрола са утврђивањем стратегије за управљање ризицима те доноси и правилник о раду интерне ревизије и усваја њен план рада. У надлежност надзорног одбора укључено је старање да правни послови који су закључени са акционарима, повезаним лицима и лицима која имају дужност према друштву не буду неповољнији од послова по тржишним условима, такође обавештава Народну банку Србије о утврђеним неправилностима, разматра налазе надзорног тела.²⁸ Из свега наведеног произилази тенденција законодавца да помири две природе надзорног одбора које су биле одређене ЗОС (2004) и ЗПД (2011), са једне права надзорна, а са друге

27 Вид. ЗПД (2011), чл. 392 ст. 2 тач 1–5. Независни директор је лице које није повезано лице са директорима и које у претходне две године није:

- 1) било извршни директор или запослено у друштву, или у другом друштву које је повезано са друштвом у смислу овог закона;
- 2) било власник више од 20% основног капитала, запослено или на други начин ангажовано у другом друштву које је од друштва остварило више од 20% годишњег прихода у том периоду;
- 3) примило од друштва, или од лица која су повезана са друштвом у смислу овог закона, исплате односно потраживало од тих лица износе чија је укупна вредност већа од 20% његових прихода у том периоду;
- 4) било власник више од 20% основног капитала друштва које је повезано са друштвом у смислу овог закона;
- 5) било ангажовано у вршењу ревизије финансијских извештаја друштва.

28 ЗОС (2014), чл. 55 ст. 1 тач. 1–23.

управљачка,²⁹ што је решено обједињавањем одредби о надлежности оба закона.

На први поглед уочава се детаљност надлежности органа управе, са неке стране и непотребно дупло понављање у односу на ЗПД (2011). Из свега претходно наведеног, из послова који су обухваћени под делом кругом надзорног одбора, произилази добра намера законодавца да на једном месту и у једном закону наведе све, да не би дошло до забуне у случају када је у два закона одређена надлежност надзорног одбора, у општем и у посебном, да олакша, мада се са друге стране може поставити и питање колико је заправо и добро преписивати одредбе важећег општег закона и уносити их у посебан закон, и поред правила *lex specialis derogate legi generali*. Треба навести да и многа акционарска друштва прате праксу законодавца и дословце у своје статуте уносе одредбе из закона.

ЗОС (2014) самостално прописује заједничке обавезе и извршног и надзорног органа, а све под синтагмом „обавезе чланова управе”. Најпре се наводе обавезе чланова извршног одбора које обухватају обавештавање надзорног одбора у случајевима угрожене ликвидности друштва за осигурање, престанка или одузимање дозволе за рад друштва или у случају непостојања минимума основног капитала који овај закон одређује.³⁰ Што се тиче заједничких обавеза чланова управе, оне се огледају у обавештавању надзорног тела (Народне банке Србије) уколико је лице именовано или му је престала функција у другим друштвима (у извршном или надзорном телу – закон наводи органе управе или надзора), када сам или преко члана породице стекне акције или уделе на основу којих му се повећало или смањило квалификовано учешће (према ЗОС (2014) то су 20%, 30% или 50% гласачких права или основног капитала³¹ и за које је неопходна претходна сагласност Народне банке Србије).³² У случају да због пропуштања обавеза које су прописане, друштво за осигурање претрпи штету, за исту солидарно друштву одговарају чланови управе.³³

Сам ЗПД (2011) даје опште смернице по питању одговорности чланова управе и наводи да они одговарају за штету коју су друштву про-

29 Љиљана Стојковић, „Корпоративно управљање у акционарском друштву за осигурање – упоредноправни аспекти”, *Право осигурања Србије у транзицији ка европском (ЕУ) праву осигурања*, Зборник радова, саветовање Аранђеловац, 2013, 193.

30 ЗОС (2014), чл. 65 ст. 1 тач. 1–3.

31 ЗОС (2014), чл. 31 ст. 1.

32 ЗОС (2014), чл. 65 ст. 3 тач. 1–2.

33 ЗОС (2014), чл. 65 ст. 4.

узроковали кршење одредби закона, статута или одлуке скупштине, али да може бити изузет од одговорности само и искључиво ако је поступао у складу са одлуком скупштине.³⁴

III Услови за именовање на функцију члана управе друштва

Као посебан закон у овој области, ЗОС (2014) одређује услове и ограничења која предложена лица за позиције члана управе морају испуњавати. Услови одређени ранијим законом поставили су строге критеријуме за тржиште у том периоду, што је било потребно како би се на тржишту које је у развоју могло осигураницима гарантовати да ће друштво пословати ваљано у складу са прописима, те да лошим избором чланова управе неће бити угрожени интереси осигураних лица.³⁵ Циљ критеријума који постоје је обезбеђење „доброг пословног угледа” лица која ће обављати функције чланова надзорног и извршног одбора, односно да је лице „*fit and proper*” за наведену позицију. У делу закона који се тиче „*fit and proper*” услова, јасно се уочава супротан став у односу на општи закон, ЗПД (2011), који акционарским друштвима оставља слободу да одреде посебне услове,³⁶ што са друге стране указује на заинтересованост надзорног тела да ова питања не препушта случају већ и да на овај начин врши утицај на рад друштва кроз сагласност на избор у органе управе.³⁷

За разлику од ранијег закона који је обједињено на једном месту наводио услове које је потребно друштво да испуни да би добило дозволу, као и услове за именовање у управу друштва, ЗОС (2014) то чини другачије и потпуно издваја услове који се тичу избора у извршни и надзорни одбор без прављења текстуалних разграничења – члан извршног одбора или члан надзорног одбора, већ обједињено члан управе.

34 ЗПД (2011), чл. 415 ст. 1–2.

35 Посебна пажња се поклања корпоративном управљању, односно одређивању услова за избор и начину избора лица у састав органа управе, који би увек требало да буду унапред прописани, што би надаље омогућило решавање првог агенцијског проблема – односа управе и акционара. Вид. Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање”, *Корпоративно управљање* (уредници Мирко Васиљевић, Вук Радовић), 2008, 239–251.

36 Зоран Томић, Наташа Петровић Томић, „Издавање и одузимање дозвола за рад осигуравајућим друштвима”, *Право и привреда*, бр. 5–8/2009, 185–215.

37 Више о односу управе и друштва, односно самих акционара, као и о значају осигурања од одговорности директора као виду спречавања првог агенцијског проблема вид. Наташа Петровић Томић, „Утицај осигурања од одговорности директора на први агенцијски проблем”, *Европске (ЕУ) реформе у праву осигурања Србије*, XI саветовање, Палић, 2010, 339–356.

Услови за именовање или „*fit and proper*” услови акценат одмах стављају на неосуђиваност за дела која повлаче безусловну казну затвора или казнена дела која би лице учинила неподобним за функцију на коју је предложено, као и да му није изречена мера забране обављања делатности која би предложено лице опет учинила неподобним.³⁸ Већ се са првим условом увиђа поштравање услова, јер лице не сме бити осуђено да је починило дело које га чини неподобним за обављање функције на коју бива предложено. Ранији закон је прописивао као услов да лице није безусловно осуђено на казну затвора дужу од три месеца,³⁹ притом не наводећи дела која би једно лице учинила неподобним за функцију члана управе. Можда је наведени услов требало још више прецизирати навођењем групе казних дела која би лице чинила неподобним, јер на овај начин остаје само да се претпоставља да би то била дела против имовине, привреде и сл. У поређењу са појединим државама у окружењу,⁴⁰ иако поштрена овај услов остаје недоречен и непрецизан, нарочито узимајући у обзир осетљивост једне делатности као што је осигурање и значај правилног избора лица у састав управе.

Као и ранији закон, и ЗОС (2014) се држи услова да предложено лице није било члан управе у друштву над којим је отворен или спроведен поступак принудне ликвидације, као и стечаја, с тим да сужава круг друштава и наводи да се искључиво ради о правним лицима из финансијског сектора, при томе искључујући принудног управника.⁴¹

Новим законом уводе се и нови услови, те предложено лице не може бити лице коме је раније одузимана сагласност за исту позицију или другу позицију за коју је такође потребна сагласност надлежног органа као и да наведена сагласност није одузета у последње три године.⁴² Интересантно је да се не наводи да ли се ради о одузимању сагласности дате на основу Закона о осигурању или на основу других прописа на основу

38 ЗОС(2014), чл. 52 ст. 2 тач. 1–2.

39 ЗОС (2004), чл. 39 ст. 2 ст. 10.

40 Тако се у Закону о осигурању Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 151/05, 87/08, 82/09, 54/13, 94/14, чл. 62 ст. 2 тач. 10 тачно наводе групе кривичних дела – дела против човечности и људског достојанства, дела против радних односа и социјалног осигурања, дела против државе, кривотворење, дела против службене дужности, дела против правосуђа, поједина кривична дела против имовине, поједина кривична дела против привредних друштава, затим дела против вредности заштићених међународним правом, дела против платног промета и пословања или против веродостојности исправа.

41 ЗОС (2014), чл. 62 ст. 2 тач. 3; упор. ЗОС (2004), чл. 39 ст. 2 тач. 10.

42 ЗОС (2014), чл. 62 ст. 2 тач. 4.

којих Народна банка Србије даје сагласност лицима за обављање функције члана управе, а ван области осигурања.

Ово није једини услов другачији у односу на претходни закон, наиме истиче се да сагласност не може бити дата лицу које је разрешено дужности члана управе, а наведено се дешава у случајевима одузимања сагласности од стране Народне банке Србије, као и када је лице одговорно за незаконито пословање друштва или када спречава надзорни орган у вршењу надзора.⁴³ А што се тиче повезаности лица са друштвом за осигурање у коме су предложени на позицију члана управе и са другим друштвима за осигурање, каже се да сагласност не може бити дата лицу које је повезано са правним лицем у коме друштво за осигурање има више од 5% учешћа у капиталу или праву гласа, нити се то може учинити ако је на функцију члана управе предложено лице које је на истој функцији у другом друштву за осигурање или је прокуриста другог осигуравајућег или реосигуравајућег друштва, или је на наведеној позицији у другом друштву из финансијског сектора.⁴⁴

Током рада на закону полемику је изазивало питање шта са друштвима у којима друштво за осигурање има контролно учешће и лицима у управи тих друштава и да ли могу бити предложена у састав органа управе друштва за осигурање. Решење се састојало у изузетку у односу на претходни услов и омогућено да на функцију члана управе може бити именовано лице које је на истој функцији у друштву у коме друштво за осигурање има контролно учешће.⁴⁵ Као пример је навођена Дунав банка и њен однос са Дунав осигурањем (тржишна ситуација је промењена након укључивања Телекома Србије и стицања 55,78% гласачких права, што је гласачка права Дунав осигурања свело на 32,76%).⁴⁶

Занимљив услов преузет из права Европске уније и по узору на Закон о осигурању Републике Хрватске уводи обавезу познавања домаћег језика од стране чланова управе, и то обавезни за једном члана надзорног и једног члана извршног одбора који морају „активно” знати српски језик и имати пребивалиште у нашој земљи, док се преостали чланови

43 ЗОС (2014), чл. 62 ст. 2 тач. 5 у вези са чланом чл. 204 ст. 1 тач. 1–3.

44 ЗОС (2014), чл. 62 ст. 3 тач. 1–2.

45 ЗОС (2014), чл. 62 ст. 4.

46 Податак са сајта Народне банке Србије, доступно на адреси: http://www.nbs.rs/internet/cirilica/50/50_2.html.

управе морају имати боравиште⁴⁷ на територији Србије и запослени у друштву са пуним радним временом (чланови извршног одбора).⁴⁸

Међутим сви услови нису ближе одређени ЗОС-ом (2014), и као пратећи подзаконски акт наведеног закона донет је од стране Народне банке Србије под називом Одлука о спровођењу одредаба Закона о осигурању које се односе на издавање дозволе за обављање послова осигурања/реосигурања и појединих сагласности Народне банке Србије.⁴⁹ Њоме су обухваћени ближи услови за давање претходне сагласности надзорног тела за обављање функције члана управе, те се тако за члана управе наводи да мора бити лице са добром пословном репутацијом, са одговарајућим стручним квалификацијама, знањем и искуством које одговарају позицији за коју се лице предлаже.⁵⁰ Надаље се самом Одлуком (2015) дефинише шта се подразумева под добром пословном репутацијом, а то је поседовање таквог интегритета личности који ће омогућити управљање друштвом у складу са прописима и пословним обичајима, и да ће при томе обезбедити пажњу доброг привредника, која ће даље водити сигурном и добром пословању.⁵¹ Једна оваква формулације више наличи једном законској одредби, неголи одредби из подзаконског акта који је сам по себи пратећи акт који не би требало да садржи дефиниције овог типа.

Надаље се у Одлуци (2015) прописују и услови на основу којих се има ценити добра пословна репутација, а то су историја давања/одузимања дозвола, тј. одређивања мера забране обављања послова у финансијском сектору,⁵² да ли је против предложеног лица покренута истрага или се води казнени поступак или је потврђена оптужница или је изречена правоснажна осуђујућа пресуда за казнено дело које лице чини неподобним за обављање функције на коју је лице предложено.⁵³ При томе се у обзир узима податак да ли је лицу које је предложено у управу изречена мера забране

47 ЗОС (2014), чл. 62 ст. 5.

48 ЗОС (2014), чл. 62 ст. 6.

49 Одлука о спровођењу одредаба Закона о осигурању које се односе на издавање дозвола за обављање послова осигурања/реосигурања и појединих сагласности Народне банке Србије – Одлука (2015), *Службени гласник РС*, бр. 55/2015, исправка 69/2015.

50 Одлука (2015), чл. 24.

51 Одлука (2015), чл. 25.

52 Наведено се цени на основу Упитника који је пратећи документ уз Одлуку (2015) и који је обавезан документ који прати захтев за давање сагласности на предлог за именовање на позицију члана управе.

53 Као што је раније наведено, ни ЗОС (2014) ни Одлука (2015) не наводе која кривична дела нити која група кривичних дела чине једно лице неподобним.

обављања делатности која у целини или у делу одговара предмету пословања друштва.⁵⁴ Битни подаци на основу којих се цени добра пословна репутација јесу и ранији професионални рад и лични, морални интегритет, као интегритет друштва,⁵⁵ али и финансијски резултати, што се утврђује на основу финансијских и пословних резултата привредног друштва у којем предложени има значајно учешће и/или је на руководећим позицијама.⁵⁶

Као изузетан услов истичу се стручне квалификације предложених лица, и огледају се у томе да лица морају имати први степен високог образовања на основним академским студијама од минимум четири године и да најмање има три године искуства на руководећим положајима у друштву,⁵⁷ у земљи или иностранству, или у привредном друштву које обавља делатности сличну пословима друштва или пет године искуства у области осигурања и финансија⁵⁸ и да су у тим областима истакли као стручни или научни радници у тим областима.⁵⁹ Из наведеног се уочава јасније прецизирање, али и изостављање дела који је у Одлуци о спровођењу одредаба о Закону о осигурању који се односе на издавање дозвола и сагласности Народне банке Србије – Одлука (2004),⁶⁰ подзаконском акту који је пратио ранији Закон о осигурању (2004), и у којој се наводила школска спрема економског, правног, организационог, техничког или другог одговарајућег смера.⁶¹ Ни Одлука (2015) не прецизира о којим се областима стечено образовање захтева, већ само наводи да је потребна само диплома стечена на основним академским студијама са трајањем од најмање четири године.⁶² Из наведеног се види стављање акцента на искуство, у односу на образовање из одређених области на основу којих би предложено лице на позицију члана управе имало одговарајуће знање. Оно што је вероватно је да је предлагач закона имао на уму чињеницу да је ранијим прописима ово питање било уређено и да тренутно сва лица у

54 Одлука (2015), чл. 25 ст. 3.

55 Одлука (2015), чл. 25 ст. 2 тач. 1–3.

56 Одлука (2015), чл. 25 ст. 2 тач. 4.

57 У питању је радно искуство у обављању функције члана управљања или надзора, прокуристе или руковођење другим деловима друштва. Одлука (2015), чл. 26 ст. 2.

58 Радно искуство у друштву у финансијском сектору или коме су финансијске услуге основни послови или чине основну делатност. Одлука (2015), чл. 26 ст. 3.

59 Одлука (2015), чл. 26 ст. 1 тач. 1–2.

60 Одлука о спровођењу одредаба Закона о осигурању које се односе на издавање дозвола и сагласности Народне банке Србије – Одлука (2004), *Службени гласник РС*, бр. 42/2005, 106/2006.

61 Одлука (2004), чл. 11 ст. 1 тач. 1.

62 Одлука (2015), чл. 15 ст. 3.

управама друштава за осигурање имају образовање из претходно наведених области, али да је занемарена могућност укључивања нових лица.

Интересантно је да је проблем око стеченог образовања из области економије, права, организационих и техничких наука и сличних области највише био изражен код давања сагласности на предложена лица на позиције чланове управе у друштвима за заступање и посредовање у друштву, јер су се и на њих односили исти услови као и за чланове управе друштава за осигурање, и да су били прецизирани истим подзаконским актом – Одлуком (2004). Из тог разлога многа друштва за заступање и посредовање нису могла добити дозволу од стране Народне банке Србије.

Народној банци Србије се подноси документација као доказ испуњености услова на основу којих се даље доноси одлука о давању сагласности на предлог избора. Наведену документацију сачињава копија личне карте (сада већ очитана биометријска лична карта, а за страна лице копија пасоша), копија дипломе или уверења о завршеном степену образовања који се захтева (за страна лица је потребан и доказ о признавању наведене исправе), доказ о претходном радном искуству, потврда пореског органа да је лице измирило све доспеле пореске обавезе, препорука одговорног лица или органа правног лица код ког је предложено лице било или је још увек запослено, тј. препорука најмање две особе из области осигурања и финансија које су својим радом стекле лични и професионални углед у наведеним областима, доказ да над предложеним лицем није покренута истрага, изречена правоснажна осуђујућа пресуда за казнена дела која га чине неподобним, тј. доказ о неосуђиваности и доказ да му није изречена мера забране обављања делатности у вези са предметом пословања друштва (извод из казнене евиденције), попуњен упитник за кандидата и друга документација, информација и докази за које Народна банка оцени да су потребни.⁶³

Управо последње навођење „друге документације, информације и доказа за које Народна банка оцени да су потребни” је формулација која не би требало да буде унета у један подзаконски акт каква је Одлука (2015). Узимајући у обзир Одлуку (2004), у којој се не наводи слична формулација, и која је сама по себи била доказ доброг подзаконског акта, није смело да се допусти да се оваква формулација унесе имајући у виду могућност за стварање правне несигурности и довођење у питање одлука које ће на предлог за давање сагласности за избор у састав управе Народна банка Србије доносити. На овај начин оставља се и превише места пр-

63 Одлука (2015), чл. 15 ст. 1 тач. 1–9.

оизвољности и повећаном дискреционом праву надзорног тела. Поставља се питање из ког разлога је остављено дискреционо право Народне банке Србије у овом делу, ако у обзир узмемо раније случајеве у којима је дискреционим одлукама мењано стање на тржишту осигурања.⁶⁴

Надаље се Одлуком (2015), посебно само за чланове извршног одбора наводи да је потребно да доставе изјаву о пословним намерама у управљању друштвом за период на који се предлаже, а након сагласности и именује.⁶⁵ Наведена изјава о пословни намерама мора садржати кратак опис стања у друштву и опис окружења у ком друштво послује, као и положај у односу на сектор осигурања и конкуренцију, детаљан опис планираних активности у периоду на који се именује, стратегије одржавања адекватности капитала за исти период, ако му је то у делокруту послова, опис претпоставки и чињеница на основу којих је сачињена изјава, детаљан опис активности које су подршка планираним активностима и на крају план поверавања послова друштва трећим лицима.⁶⁶ Из наведеног произилази да лице мора имати и искуство и знања из ове области, познавање тржишта и константно праћење његовог кретања и пословања конкуренције. А друге стране види се и чињеница да је Народна банка свесна да многа друштва за осигурање поједине послове преносе на рад трећим лицима (енг. *outsourcing*), што је у савременом финансијском свету уобичајено. Што се тиче саме изјаве, цени се узимајући у обзир јасноћу и усклађеност постављених стратегија са прописима, познавање сектора осигурања и економског окружења, док се адекватност плана и активности утврђује у односу на реалност претпоставки у изјави, постављених стратегија и циљева, планиране активности и њихове усклађености са постављеним циљевима, прописима и праксом.⁶⁷

Сагледавши све наведено, види се поопштрење услова које је потребно испунити да би једно лице добило сагласност Народне банке Србије на предлог избора у састав извршног или надзорног одбора, а самим тим и повећан обим доказа које је потребно доставити да би се услови и доказали. Са друге стране, као замерка се може истаћи то што је одређивање појединих услова пренето у саму Одлуку (2015), што се може уочити упоређивањем са претходним подзаконским актом у овој области – Одлуком (2004), који је

64 За више вид. З. Томић, Н. Петровић Томић (2009), 185–215, као и Зоран Томић, Наташа Петровић Томић, „Овлашћења Народне банке Србије код стечаја друштава за осигурање”, *Право и привреда*, бр. 7–9/2012, 406–435.

65 Одлука (2015), чл. 15 ст. 1 тач. 7.

66 Одлука (2015), чл. 17 ст. 1 тач. 1–6.

67 Одлука (2015), чл. 28 ст. 3.

искључиво садржао доказе које је било потребно поднети да би предложено лице добило сагласност. Препуштати да се подзаконским актом дефинише шта се под добром пословном репутацијом или изјавом о пословним намерама подразумева и шта морају садржати, као и на основу чега се имају ценити је недопустиво. Наведено не би смело да представља пример подзаконским актима које ће Народна банка Србије доносити, како у области осигурања, тако и у другим финансијским областима над којима врши надзор. Све претходно само показује лошу тенденцију надзорног тела да овакве и сличне услове уређује одлукама да би очигледно избегла компликованију процедуру за измене или доношење новог закона и привидно продужила трајање закона, као и да оправда ситуацију да је у законску процедуру и изгласавање прослеђен закон који у потпуности није било спреман што на даље излаже критици Народну банку Србије као предлагача закона, како ЗОС (2015) тако и других закона у будућности.

Поред посебних услова које прописују прописи из области осигурања, Закон о привредним друштвима (2011) прописује и опште услове које чланови извршног и надзорног одбора морају испоштовати да би могли обављати наведене функције. Наводи се да на наведену функцију не могу бити изабрано лице које је директор или члан надзорног одбора у више у пет друштава, лице осуђено на кривично дело против привреде и то током периода од пет година рачунајући од дана правоснажности пресуде, али да се у тај период не урачунава време на издржавању казне затвора, као ни лице коме је изречена мера забране обављања делатности која представља претежну делатност друштва, што би у овом случају била делатност осигурања, за период док забрана траје.⁶⁸

IV Поступак за добијање сагласности на предлог за именоване на функцију члана управе

Што се тиче добијање сагласности на избор лица, наведено се проводи након што друштво донесе предлог одлуке о именовану лица,⁶⁹ а након тога захтев за добијање сагласности са пратећом документацијом Народној банци Србије. Након добијене сагласности, друштво може донети одлуку о именовану лица на функцију члана управе и извршити упис промене у Агенцији за привредне регистре, што се чини у року од шест месеци од дана доношења решења, које је по самом доношењу ко-

68 ЗПД (2011), чл. 382 ст. 3 тач. 1–3.

69 ЗОС (2014), чл. 61 ст. 3.

начно и ненападиво жалбом, јер у супротном, уколико се у року не изврши упис, сагласност престаје.⁷⁰

И рок у коме Народна банка мора одлучити о захтеву је законом одређен и износи 30 дана од комплетирања документације, односно од достављања захтева као уредног. Захтев се одбија у случајевима када документација и подаци нису потпуни, када предложено лице не испуњава услове који су прописани у ЗОС (2014), као и када из података које поседује произилази да би лице које је предложено на функцију члана управе угрозило рад друштва за осигурање, и у случају кад је лице уписано у надлежни регистар без претходно дате сагласности Народне банке Србије.⁷¹

Новина је рок у ком се поново не може поднети нови захтев након претходно одбијеног захтева за сагласност Народне банке на предлог за именовање лица на позицију члана управе, и он износи годину дана од дана одбијања захтева.⁷²

V Одузимање сагласности

Онај ко даје право, има право да исто одузме. Такав је случај са датом сагласношћу Народне банке Србије, која може бити одузета лицу које је члан органа управе и то када је сагласност дата на основу неистинитих и нетачних података,⁷³ односно да у моменту давања сагласности није могло бити познато да су подаци на основу којих се даје сагласност нетачни. Такође сагласност се одузима када члан управе више не испуњава услове који су прописани, а које је испуњавао у моменту давања сагласности, као и када лице не поступа по обавезама које су одређене ЗОС (2014).⁷⁴ У случајевима када Народна банка оцени да су се стекли услови за увођење принудне управе, одузимају се сагласности за именовање дате постојећим члановима.^{75, 76}

Лицу коме је одузета раније дата сагласност на избор у састав органа управе аутоматски престаје функција члана управе и то даном доношења решења.⁷⁷ Као једна од новина је увођење временског рока у коме лице коме

70 ЗОС (2014), чл. 61 ст. 6.

71 ЗОС (2014), чл. 63 ст. 1 тач. 1–4.

72 ЗОС (2014), чл. 63 ст. 2.

73 ЗОС (2014), чл. 64 ст. 1 тач. 1.

74 ЗОС (2014), чл. 64 ст. 1 тач. 2–3.

75 ЗОС (2014), чл. 64 ст. 1 тач. 4.

76 Вид. ЗОС (2014), чл. 206 – Принудна управа.

77 ЗОС (2014), чл. 64 ст. 2.

је одузета сагласност из претходно наведених разлога не може поднети нови захтев, а рок износи три године од дана доношења решења којим је одузета сагласност.⁷⁸ У самом Закону о осигурању (2014) се не помиње на који начин лице коме је одузета сагласност може захтевати преиспитивање одлуке Народне банке Србије. Узимајући у обзир чињеницу да одлуке у вршењу надзора Народна банка доноси поштујући правила управног поступка и то да изнад Народне банке Србије као надзорног тела не постоји виша инстанца те да су одлуке донете на овај начин коначне, а самим тим и решење о одузимању сагласности за обављање функције члана управе, лицу коме је сагласност одузета једино преостаје подношење тужбе Управном суду, али то не задржава спровођење решења.

VI Закључак

Нови Закон о осигурању има за циљ да разреши бројна питања и проблеме настале током примене претходног закона којим је уређивана област осигурања, пре свега статусни део. Битан подстицај било је и доношење Закона о привредним друштвима из 2011. године, и чињеница да је тај закон изазвао бројне промене у организацији акционарских друштава, претежне форме у којој се друштва за осигурање оснивају (имајући у обзир да се на друштва за узајамно осигурање примењују одредбе који се односе на акционарска друштва за осигурање). Како су Закон о привредним друштвима и Закон о осигурању, оба из 2004. године, донети у исто време, Закон о привредним друштвима донео је измене које нису истовремено испраћене у области осигурања и прописима који је уређују. Тако је управљање друштвима за осигурање и унутрашња структура остала у процепу примене два неусклађена закона, довело до потребе брзог усклађивања, те је наведени јаз привремено премоштен препоруком Народне банке Србије да се унесу измене у статуте друштва до доношења новог закона. Са новим законом јасно су одређени модел управљања друштвом, надлежности извршног и надзорног одбора. Тако је решен проблем нејасно одређене надлежности органа управе, а пре свега надзорног одбора, чија је природа различита у два закона, ЗПД (2011) и ЗОС (2004), те је новим законом помирено наведено и обједињено одређена надлежност, што се са друге стране може и похвалити, али и критиковати, због потпуног преписивања одредби ЗПД (2011) у ЗОС (2014).

Што се тиче избора дводомног модела управе, као јединог у ком се друштво за осигурање може организовати, није се одступило од става ко-

78 ЗОС (2014), чл. 64 ст. 4.

ји је предложен у Нацрту, што се оправдава појачаном контролом пословања друштва и рада извршних директора, најпре од стране надзорног одбора, а затим и контролом Народне банке Србије. На овај начин организација управљања друштвима за осигурање приближава се управљању банкама, које такође имају дводомни модел управе.⁷⁹ Наведено решење се може критиковати, не због чињенице да је потребно да управу друштва чини и извршни и надзорни одбор, него због тога што се целокупан надзор друштва за осигурање који Народна банка спроводи упоређује и усклађује са надзором над банкарским системом, а при томе се заборавља природа делатности осигурања и податак о развијености тржишта осигурања у односу на банкарско тржиште.

Упоређујући услове за именовање у састав органа управе уочава се поопштравање услова и прецизирање ранијих. Сада се јасно зна о каквој препоруци се ради, од кога мора бити издата, а не да се то наводи у сваком појединачном случају приликом одговора Народне банке на захтев за издавање сагласности на избор на позицију члана управе. Надаље се предвиђа степеновање потребног образовања, познавање домаћег језика од стране једног члана одбора, пребивалиште на територији Републике Србије, и подношење изјаве о пословним намерама и сл. Предвиђа се и упитник који је обавезан уз захтев за давање сагласности, и који је новина у нашем праву, а као институт је уобичајен у земљама у окружењу. Пратећи подзаконски акт, Одлука (2015) даје ближе одредбе са појединим нормама које звуче као законске. Наведено се може изрећи као критика и указивање на слабост надзорног тела као предлагача ЗОС (2014) да обухвати све неопходне услове и унесе их у закон, што се са друге стране може тумачити и као тендеција Народне банке да поједине законске услове одређује подзаконским актима како би можда привидно продужила век ЗОС (2014) упоређењу са претходним законом и омогућила чешће мењање услова подзаконским и прилагођавање условима „тржишта“. Пречесто мењање закона води само правној несигурности, а на овај начин се то неће спречити, него и подстакнути, јер ће један управни орган имати могућност да изменама подзаконских аката мења услове и ствара исте под велом правних стандарда, чија ширина доводи у питање повећану дискрециону надлежност Народне банке Србије.

79 „Органи управљања банком су управни и извршни одбор.“ Закон о банкама, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010, 14/2015, чл. 70, ст. 1. Из овог става Закона јасно произлази да је одабран дводомни модел управљања, те да је као такав обавезан за све банке.

Узимајући све претходно наведено, тешко се може предвидети судбина овог закона. Друштва за осигурање су прилагођавање органа управе и њихове надлежности преузела и пре доношења ЗОС (2014) а у складу са препорукама Народне банке, те се са те стране не може очекивати ситуација као након доношења ЗОС (2004) након чијег ступања на снагу су многа друштва за осигурање изгубила дозволу. Садашње тржиште је спремније и тешко да ће доћи до тежих промена на тржишту осигурања, као што је био случај након доношења ЗОС (2004).

Tijana STANOJEVIĆ, M.A.

MANAGEMENT OF JOINT STOCK INSURANCE COMPANY REGULATED BY THE INSURANCE LAW WITH SPECIAL FOCUS ON LAW ON COMPANIES

Summary

Given the characteristics of the insurance business, regulating the organization of the insurance companies is left to the special law – Insurance Law (2014). In this way the problems caused by a mismatch of two laws, which regulate organisation of insurance companies – Insurance Law (2004) and the Law on Companies (2011), were solved and clear legal framework, which lays down the manner of establishment, bodies and competence of management was set. Two-tiers model is accepted as only model of organization of the insurance companies, requirements for members of management are separated from requirements for license to carry on insurance activities, competence of management are precisely specified. It is expressed in this article the justification of selection the two-ties model and also a precise listing of competence. On the other hand, requirements for members of management are not only separated from the requirements for license, but even partly from Insurance Law and transferred to by-laws, whose certain articles resemble the articles of the law – Decision on implementing provisions of the insurance law relating to the issuance of license to carry on insurance/reinsurance activities and specific approvals of the National Bank of Serbia.

Key words: *insurance companies, management, two-tiers model, requirements for members of management.*

Бојана БИЛАНКОВ

студент мастер студија на Правном факултету Универзитета у Београду

Душан АЛЕКСИЋ

студент мастер студија на Правном факултету Универзитета у Београду

ДОБРОВОЉНО ПЕНЗИЈСКО ОСИГУРАЊЕ КАО ПРЕДЛОГ РЕШЕЊА КРИЗЕ ПЕНЗИЈСКОГ СИСТЕМА

Резиме

У овом чланку аутори анализирају институт добровољног пензијског осигурања, као најцелисходнији метод превазилажења кризе пензијског система. Наиме, систем обавезног пензијског осигурања дуго времена чинио се довољним. Међутим, након његовог западања у кризу, Светска банка доноси извештај у коме предлаже увођење три стуба пензијског осигурања. Трећи стуб чини добровољно пензијско осигурање, чији се фондови појављују као значајни институционални инвеститори на тржишту капитала. Тежиште анализе заснива се, како на позитивноправним, тако и на упоредноправним аспектима самог института. У Републици Србији тренутно успешно послује пет друштава која управљају са седам фондова добровољног пензијског осигурања. Кроз цео рад, а нарочито у завршним напоменама, аутори дају предлоге у циљу побољшања постојећег стања јер, иако се постојећи законодавни оквир може позитивно оцијенити, простор за одређене измене свакако постоји, а даљи рад на имплементацији овог института у пракси чини се неопходним.

Кључне речи: *трећи стуб, добровољно пензијско осигурање, институционални инвеститори, акумулација капитала, капитализација доприноса.*

I Уводне напомене о заштити старих лица са посебним освртом на значај обавезног пензијског осигурања

Неминовно је да са годинама долази до опадања и, на крају, губитка радне способности. Свако разумно лице требало би да на време почне да размишља о начинима обезбеђивања сопствених средстава које би користило када дође у тзв. „треће доба“. Међутим, илузорно би било очеки-

вати од просечног појединца да на време уштеди довољно новца у те сврхе. Како би се овај проблем решио, створен је систем обавезног пензијског осигурања.¹

Пензијско осигурање представља систем који се може сагледати са социјалног и економског аспекта. Пензије су, пре свега, социјална категорија јер су намењене старим и неспособним лицима којима је помоћ државе неопходна.² Такође, оне су економска категорија јер представљају штедњу за старост – у време када је лице радно способно, оно штеди вишак својих зарађених средстава који ће у старости трошити.

Систем пензијског осигурања може се организовати на два начина. Први модел представља систем текућег финансирања (*pay as you go* систем), у коме се износ пензија некадашњим запосленима исплаћује из новца прикупљеног од доприноса сада запослених лица.³ Други модел јесте систем акумулације капитала (*funded system*), у коме се приходи остварени од доприноса запослених инвестирају путем тржишта капитала како би се остварили већи приноси у виду пензија.⁴ О овом моделу биће речи даље у тексту.

Постоје три доминантна начела која прожимају систем обавезног пензијског осигурања. Централно обележје овог система представља начело међугенерациске солидарности.⁵ Ово због тога што је извор пензија које се исплаћују, у ствари, допринос који уплаћује тренутно радно спо-

1 У том смислу, крај деветнаестог и почетак двадесетог столећа значили су прекретницу - успостављени су први системи социјалне заштите. Овде, пре свега, мислимо на Бизмарков и Беверидов социјални модел. У том смислу вид. Ханџо Сеислер, „Bismarck's Inspired Move – The history of the German welfare state began 125 years ago“, *The Atlantic Times*, November 2006; „From Bismarck to Beveridge: Social Security For All“, *The Magazine of the ILO*, 67/ 2009; Martin J C Brown, *Victims or Villains? Social Security Benefits in Unemployment*, London, 1990, 21.

2 Чак и Чиле, који је 80-их година потпуно прешао на приватно пензијско осигурање, увидео је значај социјалног елемента пензија, те је 2008. године увео минималне јавне пензије, на које право имају сви они који или не примају никакву приватну пензију или приватна пензија коју примају не достиже законом прописан минимум. Вид. *Chile - Review Of The Private Pensions System*, OECD Publishing, 2011, 17; *Pensions at a Glance 2013*, OECD AND G20 INDICATORS, OECD Publishing, 2013, 229; *Sustainability Of Pension Systems in Europe – The Demographic Challenge*, Groupe Consultatif Actuariel Europeen, Brussels, 2012, 14.

3 Марко Павловић, Јовица Марковић, Дијана Марковић, „Пензијски систем и савремена економска криза“, *Војно дело*, бр. 2/2015, 243; John Eatwell, „The Anatomy Of The Pensions “Crisis” Three Fallacies On Pensions“, *Economic Survey of Europe*, 3/1999, 59; Ненад Ђокић, „Реформе пензијског система и пензијски фондови“, *Школа бизниса – научно-стручни часопис*, бр. 4/2008, 43.

4 J. Eatwell, 5.

5 Зоран Мاستило, „Пензијско осигурање – ‘баук данашњице’, могућности и ограничења за преображај“, *Financing – Научни часопис за економију*, бр. 4/2012, 36.

собно становништво. Управо зато се овај систем и назива *pay as you go* систем. Следећи принцип представља начело обавезности.⁶ Обвезници обавезног пензијског осигурања су све категорије радника.⁷ Најзад, последње начело чини начело трајности.⁸ Оно подразумева да обавеза плаћања доприноса постоји од тренутка започињања радног односа, и траје до тренутка одласка у пензију.

II Узроци кризе обавезног пензијског система осигурања

Систем обавезног пензијског осигурања до недавно се чинио као одлична идеја. Иако се годинама радило на његовом унапређењу, одређени проблеми и даље нису превазиђени. Они се, пре свега, односе на демографска кретања. Међутим, ни бројни остали чиниоци нису занемарљиви.

Пре свега, да би систем обавезног пензијског осигурања адекватно функционисао, потребно је да постоји што већи број запослених у односу на број пензионисаних лица.⁹ Међутим, новија демографска кретања довела су до нарушавања овог односа. Наиме, цео свет се у последњих пар деценија суочава са проблемом тзв. старења становништва, односно повећања удела старог становништва у укупној популацији. Ни наша држава не представља изузетак од овога, будући да, према званичним подацима Републичког фода за ПИО из 2014. године, однос запослених лица и корисника пензија износи 1,1:1. Ово значи да један запослени готово да издржава једног пензионера, док се солидним сматра однос 3,5 запослена према 1 пензионеру.¹⁰

6 *Obvezno mirovinsko osiguranje na temelju generacijske solidarnosti*, HZMO, Zagreb, 2015.

7 Ипак, у Немачкој је примењено нешто другачије решење - државни службеници не уплаћују доприносе у фонд обавезног пензијског осигурања - наравно, плате им се, сходно томе, исплаћују у мањим износима, док им се пензије финансирају директно из буџета. Вид. Monika Quessier, *Pensions in Germany*, The World Bank, Washington, 1996, 4.

8 *Obvezno mirovinsko osiguranje na temelju generacijske solidarnosti*, HZMO, Zagreb, 2015.

9 Овај однос назива се коефицијент зависности. Како би *pay as you go* систем био одржив на дужи стазе, потребно је да овај коефицијент константно буде низак. Међутим, савремене тенденције, како у транзиционим, тако и у развијенијим земљама, говоре управо супротно. О овој теми више у „The Future of Retirement Pensions in the European Union“, Fondation Robert Schuman, *European Issues*, 282/2013, 2-5; Robert Holzmann, Richard Hinz, *Old-Age Income Support in the 21st Century*, The World Bank, Washington, 2001, 25; Richard Jackson, *The Global Retirement Crisis The Threat To World Stability And What To Do About It*, Center For Strategic And International Studies, Washington, 2002, 4, 5.

10 Иван Маринковић, „Висока смртност као узрок депопулације у Републици Србији“, *Демографски преглед*, Број 51, Београд 2014; Војко Саксида, „Добровољно пензијско осигурање – упоредна анализа стања у земљама у окружењу, у ЕУ и другим државама“, *Осигурање у све-*

Даље, велики број људи се одлучује на одлазак у пензију пре навршења максималног броја година прописаних за то.¹¹ Ова појава није страна ни осталим пензијским системима у Европи.¹² Међутим, тамо где постоји, са собом носи и санкцију у виду процентуалног умањења износа пензије за сваку годину одласка у пензију пре испуњења старосног услова.¹³

Такође, следећи фактор који утиче на кризу пензијског система је велики процентуални удео корисника инвалидских пензија у укупном броју пензионера - према подацима Републичког фонда за ПИО из 2014. године, чак петину корисника пензија чине инвалидски корисници.¹⁴

Затим, треба имати у виду и чињеницу да су последње три деценије довеле до значајног повећања незапослености.¹⁵ Самим тим, Републички фонд за ПИО не добија довољне количине новца кроз доприносе радника, те послује са очигледним дефицитарним буџетом.

Још већи проблем представља проблем сиве економије.¹⁶ Наиме, послодавци често пријављују минималну уместо реалне зараде, како би се сма-

тлу новог законодавства – Зборник радова, Удружење за право осигурања Србије и Црне горе, Саветовање Палић 2005, 114.

- 11 Закон о пензијском и инвалидском осигурању – ЗПИО, *Службени гласник РС*, бр. 34/2003, 64/2004 - одлука УСРС, 84/2004 - др.закон, 85/2005, 101/2005 - др. закон, 63/2006 - одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014 и 142/2014 предвиђа два алтернативно постављена услова за стицање пуног права на старосну пензију. Лице ће поминуто право стећи уколико или наврши 65, односно 61 годину живота, уз 15 година стажа осигурања, или уколико наврши 45 година стажа осигурања, без обзира на навршене године живота. Навешћемо један пример. Уколико је прво лице почело да ради са навршених 15 година живота, а пензионисало се са 60, оно је испунило законски услов за примање пуне пензије. С друге стране, и друго лице које је навршило 65 година живота испунило је такође алтернативно постављени услов. Ово значи да ће прво лице које је испунило услов у погледу стажа бити корисник пензије у истом износу, али 5 година дуже од другог лица које је исто право стекло, али по основу навршених година живота. Ово даље значи да корисници пензије „по стажу“ боље пролазе од „стандардних“ старосних пензионера.
- 12 Катарина Станић, „Ефекти досадашњих и нове промене у пензијском систему“, *Институционалне реформе у 2010. години*, Београд, 2011, 126, 127.
- 13 К. Станић, 126, 127.
- 14 У инвалидску пензију се често одлазило без испуњавања елементарних услова који би указивали на стварни инвалидитет, а у последњој деценији и уз значајно присуство корупције. Вид. *Статистички годишњи билтен 2014*, Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање, Београд, 2015.
- 15 Подаци, Републички Завод за статистику, Република Србија, доступно на адреси: <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=2>, 5.3.2016.
- 16 Гордана Матковић, *Реформа пензијско-инвалидског система - Четири године транзиције у Србији*, Београд, 2005, 335.

њили доприноси које уплаћују Фонду за ПИО.¹⁷ С обзиром на то да расходи Фонда за ПИО значајно премашују његове приходе, Фонд послује са великим дефицитом.¹⁸ Данас се тај дефицит попуњава из буџета Републике Србије,¹⁹ док је ранија пракса узимања кредита од приватних банака прекинута.²⁰

Претходно излагање евидентно указује на неминовност реформе целокупног пензијског система Републике Србије. Пензиони систем какав данас познајемо не може се сматрати одрживим на дуге стазе. Питање које се поставља јесте у ком смеру треба да иду даље реформе. Одговор ћемо покушати да дамо на наредним странама.

III Предлог Светске банке за превазилажење кризе система пензијског осигурања

Као што је претходно већ споменуто, демографски и други значајни чиниоци узроковали су кризу система обавезног пензијског осигурања. Имајући у виду потребу реформе истог, Светска банка је 1994. године објавила извештај под називом „Спречавање кризе старог доба: политика заштите старих и промовисања развоја“ (у даљем тексту: Извештај).²¹ О водећим идејама овог извештаја 1) и о проблемима имплементације неких од њих 2) биће речи у даљем тексту.

1. Концепт увођења три стуба пензијског осигурања

Као што се у самом Извештају каже, његов циљ јесте да учини пензијско осигурање како функционалним инструментом социјалне стабилности, тако и замајцем привредног раста. Пензијски систем у целини треба да омогући постизање одређених циљева. Прво, тренутно радно способном

17 Једна од првих држава света која је увела систем обавезног јавног пензијског осигурања, по принципу *pay as you go* система, била је управо Чиле, 1920-их година. Међутим, она је исто тако била и прва која је овај стуб и напустила и прешла на други стуб, због раширене праксе избегавања уплате доприноса. Вид. Слободан Илијић, „Добровољно пензијско осигурање и право осигурања“, *Правни живот*, бр. 11/2005, 899; *Chile – Review Of The Private Pensions System*, OECD Publishing, 2011, 15;

18 Јуриј Бајец, Катарина Станић, „Колики је стварно дефицит пензионог система у Србији?“, *Квартални монитор економских трендова и политика у Србији*, бр. 1/2005, 52, 53.

19 Готово половина износа потребног за пензије попуњава се из државног буџета, вид. Иван Д. Радојковић, „Значај и изгледи добровољних пензијских фондова у Србији“, *Токови осигурања – Часопис за теорију и праксу осигурања*, бр. 3/2012, 41.

20 Александар Илић, *Реформа пензионог система*, Београд, 2006, 29.

21 *Averting The Old Age Crisis - Policies To Protect The Old And Promote Growth*, The World Bank, Washington, 1994.

становништву треба пружити могућност да део својих зарађених прихода сачува, како би их касније користили у старости (функција штедње). Друго, треба обезбедити прерасподелу у одређеној мери, вишка средстава онима којима су та средства неопходна (функција редистрибуције). И треће, пружити заштиту од великог броја ризика којима су старије особе изложене (функција обезбеђења сигурности). Препорука је Светске банке да државе своје пензијске системе организују на такав начин да остваре све ове функције, али им се у исто време оставља и слобода у реализацији овог циља.

Према овом Извештају, најбољи начин да држава организује свој пензијски систем је путем успостављања три стуба. Први стуб представља обавезно јавно пензијско осигурање. Овај систем карактерише принцип редистрибуције, а његов примарни циљ је успостављање социјалне сигурности и гарантовање минимума средстава за егзистенцију. Други стуб представља обавезно приватно пензијско осигурање. Овај стуб заснива се на систему акумулације капитала (*funded system*) у коме се средства остварена од доприноса даље улажу у тржиште капитала, како би се остварио одређени принос. Трећи стуб чини добровољно пензијско осигурање. Он показује доста сличности са другим стубом. Међутим запослени је тај који одлучује да ли ће и колико уплаћивати у фондове за добровољно пензијско осигурање.

2. Проблеми увођења 2. стуба у систем пензијског осигурања Републике Србије

Ако је већ предлог Светске банке био реформисање пензијских система путем увођења сва три стуба као најцелисходније опције, поставља се питање: чему онда оклевање при увођењу 2. стуба? Разлог, пре свега, лежи у чињеници да су трошкови који би настали у процесу имплементације овог стуба - *транзициони трошкови*²² - за већину државу сувише високи. Главна особина транзиционих трошкова јесте то што се њихови ефекти могу осећати десетинама година.²³ Имајући у виду да се обавезно приватно пензијско осигурање заснива на систему акумулације капитала, колико ће времена ови трошкови трајати зависи и од успеха пласираних

22 Klaus Schmidt-Hebbel, *Does Pension Reform Really Spur Productivity, Saving, And Growth?*, Central Bank of Chile, Santiago, 1999, 3; Ljiljana Marušić, „Други и трећи ступ мировинског осигурања – структура и функционирање“, *Ревизија Мировинско осигурање*, бр. 2/2003, 48; Катарина Станић, Никола Алтипармаков, Јуриј Бајец, „Транзициони трошак увођења обавезних приватних пензијских фондова“, *Квартални монитор*, бр. 12/2008, 84; Гордана Матковић, „Најчешће заблуде о пензијском систему у Србији“, *Квартални извештај о институционалним реформама*, Београд, 2009, 18.

23 А. Илић, 15; Velimir Šonje, „Други ступ мировинског sustava: стварно stanje i moguća poboljšanja“, *Архиваналитика*, Загреб, 2009, 11.

средстава фонда на тржишту капитала – што је виша стопа приноса, ови трошкови ће краће постојати.

Наиме, транзициони трошкови настају зато што се у једном дугом периоду јавља потреба да се, паралелно са постојећим системом обавезног јавног пензијског осигурања, финансира и систем обавезног приватног осигурања, док он не стане на ноге.²⁴ Прве уштеде, као и смањења транзиционих трошкова, настају тек када прве генерације које су уплаћивале доприносе у оба стуба почну да се пензинишу.²⁵ Тада долази до значајног смањења притиска на први стуб, с обзиром да се износи пензија из овог фонда смањују, а та разлика се надомешћује пензијама из 2. стуба.

Како би се транзициони трошкови надокнадили, постоји више потенцијалних решења у виду јавног задуживања државе,²⁶ прихода добијених од приватизације,²⁷ подизања стопе доприноса,²⁸ као и коришћење метода скретања постојећих доприноса.²⁹

Наглашавамо да се увођењем 2. стуба у пензијски систем Републике Србије пензије садашњих пензионера не би повећале будући да се оне финансирају само из система обавезног јавног осигурања. Оно што је могуће, међутим, јесте управо супротно, тј. њихово смањење, услед смањења доприноса које запослени плаћају за први стуб. С друге стране, како би будуће генерације пензионера примале веће износе пензија, потребно је да приходи добијени од инвестирања на тржишту капитала расту брже него што би ра-

24 Ово због тога што држава мора да обезбеди, како финансирање пензија постојећих пензионера, тако и финансирање новог пензијског фонда. Садашњи пензионери не смеју бити на губитку у виду смањења ионако малих пензија, док запослени, поред ове, имају још једну бригу – штедња за сопствену старост путем уплата по основу 2. стуба.

25 Гордана Матковић, Јуриј Бајец, Бошко Мијатовић, Бошко Живковић, Катарина Станић, *Изазови увођења обавезног приватног пензијског система у Србији*, Београд, 2009, 71; К. Станић, Н. Алтипармаков, Ј. Бајец, 84.

26 Г. Матковић, Ј. Бајец, Б. Мијатовић, Б. Живковић, К. Станић, 76; К. Станић, Н. Алтипармаков, Ј. Бајец, 91.

27 К. Schmidt-Hebbel, 4.

28 V. Šonje, 8; К. Станић, Н. Алтипармаков, Ј. Бајец, 91.

29 Овај модел функционисао битакто што би се доприноси, до тад уплаћивани у државни фонд, сада делили. Део би и даље ишао у фонд првог стуба, док би се други део преусмерио у фонд другог стуба. Ово би, пак, довело до даљег раста дефицита фонда првог стуба који би, на крају, морао бити надокнађен из неких других средстава (потенцијално буџетских), што, у сваком случају, не би представљало најцелисходније решење. Вид. К. Станић, Н. Алтипармаков, Ј. Бајец, 91.

сле пензије из првог стуба.³⁰ У целини посматрано, може се закључити да услед високих и дуготрајних транзиционих трошкова и немогућности њиховог адекватног покривања, увођење система обавезног приватног пензијског осигурања у овом тренутку у Републици Србији не би било сврсисходно.

IV Добровољно пензијско осигурање као предлог решења кризе

Према проценама Светске банке у свом Извештају којим предлаже увођење три стуба пензијског система, два стуба обавезног осигурања требало би да, на месечном нивоу, заједно чине износ једнак половини његове дотадашње месечне зараде.³¹ Ипак, даље се наводи да већини грађана овај износ неће бити довољан.³² Наиме, потребе пензионера често премашују овако добијену суму. Трећи стуб осигурања чини се као једно од решења овог проблема, с обзиром да омогућава грађанима да себи и својој породици обезбеде економску сигурност у будућности.

1. Уводне напомене и основни принципи добровољног пензијског осигурања

Добровољни пензијски фондови представљају облик дугорочне штедње за старост путем правовремених уплата у одговарајуће фондове добровољног пензијског осигурања. То су инвестициони фондови који служе за прикупљање добровољних пензијских доприносаи њиховог улагања ради каснијег обезбеђења приватних пензија. Битно је нагласити да редовна пензија из државног фонда није ни у каквој вези са штедњом у овим фондовима. Дакле, лице не би изгубило своје право на обавезну пензију опредељујући се за чланство у добровољном пензијском фонду.³³ Напротив, од свог чланства имало би само користи, у виду додатних новчаних прихода.

Према мишљењу аутора овог текста, основни принципи на којима се заснива систем добровољног пензијског осигурања јесу: добровољност,

30 Г. Матковић, Ј. Бајец, Б. Мијатовић, Б. Живковић, К. Станић, 149; К. Станић, Н. Алтипармаков, Ј. Бајец, 90.

31 *Averting The Old Age Crisis - Policies To Protect The Old And Promote Growth*, 247.

32 *Averting The Old Age Crisis - Policies To Protect The Old And Promote Growth*, 247.

33 Насупрот овоме стоји случај Мађарске. Наиме, након укидања другог стуба, грађанима је остављен избор – да се врате у државни пензијски фонд или да остану у приватном систему, чиме би изгубило право на државну пензију. Велика већина запослених, тачније њих 98%, изабрало је прво решење. Овакав потез власти изазвао је оштре реакције како грађана, тако и економских стручњака и европских званичника. Вид. *Pensionsata Glance 2013*, OECD AND G20 INDICATORS, OECD Publishing, 2013, 264; (уредник Kenichi Hirose), *Penzione reforme u Srednjoj i Istočnoj Evropi u vremenima krize i štednje, ali i izvan njih*, MOR, Budimpešta, 2012, 195.

слобода одлучивања о уплатама и каснијим исплатама новчаних средстава, акумулација средстава на индивидуалним рачунима корисника и капитализација уплаћених доприноса.

а) Добровољност чланства

Добровољност чланства, као доминантна карактеристика трећег стуба осигурања, може се приказати кроз различите аспекте. Најпре, као што и сам назив сугерише, појединцу је остављено право избора да ли ће се учланити у одређени фонд или не. На овај начин држава не задире у право лица да само располаже својим зарађеним средствима. Насупрот томе, стоји законска обавеза сваког лица да буде укључено у систем обавезног пензијског осигурања, било оно јавног или приватног карактера.

Даље, покривеност овим осигурањем ни на који начин није ограничена искључиво на запослена лица. У добровољне пензијске фондове могу да уплаћују сви.³⁴ Једино ограничење које држава може поставити односи се на узраст осигураника,³⁵ те различитим националним правима ово питање може бити различито регулисано.

На крају, велики број држава определио се за решење по коме је грађанин тај који бира фонд у који планира да уложи своја средства.³⁶ Ово подразумева да заинтересовани грађани морају бити изузетно добро информисани о пословању и успешности потенцијалних фондова у које размишљају да се учлане. Наравно, ово је могуће само након протекла одређеног времена од увођења трећег стуба у пензијски систем једне земље, јер се тек касније може стећи увид у правац пословања неког фонда. Из перспективе оних које ове фондове воде, доступност информација о њиховом раду само је подстрек њиховом даљем усавршавању, путем обезбеђивања здраве конкуренције на тржишту.

б) Слобода одлучивања о уплатама и каснијим исплатама новчаних износа

Слично као и претходни принцип добровољног пензијског осигурања, и овај принцип се може посматрати са два аспекта. Прво, постоји слобода

34 Драган Мркшић, Гордана Томашевић-Дражић, „Добровољно пензијско осигурање – реформа пензијског осигурања“, *Осигурање у светлу новог законодавства*, Палић, 2005, 142; А. Илић, 13.

35 Д. Мркшић, Г. Томашевић-Дражић, 142.

36 Jurlina Alibegović, „Reforma mirovinskog sustava: Zašto i kako“, *Privredna kretanja i ekonomska politika*, бр. 79/2000, 73, 74; И. Д. Радојковић, 45.

да у погледу висине, динамике и трајања уплаћивања доприноса.³⁷ Све ове категорије утврђују се споразумно, у договору корисника осигурања и органа који управља фондом, а на основу уговора о приступу. Имајући у виду природу добровољног пензијског осигурања – чињеницу да је установљено у интересу његових корисника, уколико се њихове могућности временом промене, могуће су и измене поменуте три категорије. Државе обично намећу обавезу једино у погледу минималног износа доприноса.³⁸ Чак и уколико лице престане са уплаћивњем доприноса, статус члана ће задржати и биће у могућности да користи претходно уплаћена средства.³⁹

Друго, када је у питању исплата пензија, и ова категорија се одређује у споразуму са органом који води фонд. Да би се ово право корисника пензије остварило, неопходно је да он испуни услов у погледу година живота, који је у упоредном праву различито постављен. Ово питање могуће је регулисати тако да се износ пензије исплаћује на различите начине.

Пре свега, средства се из фонда могу повући једнократним исплатама.⁴⁰ Предност овог начина јесу флексибилност и ликвидност, јер корисник средствима може потпуно слободно да располаже, у смислу да их троши или даље инвестира. Такође, ова средства се могу наслеђивати. Међутим, код овог вида исплате треба бити нарочито опрезан с обзиром на ризике лошег инвестирања и потреса на тржишту.⁴¹ Због свега овога лако може доћи до ситуације да корисник изгуби готово сва повучена средства.

Затим, следећи начин представља програмирана исплата.⁴² Акумулирана средства се исплаћују сукцесивно, у уговореним периодима, док се до тада неисплаћена средства даље инвестирају. И овде постоји флексибилност у извесном смислу, јер корисник може располагати појединач-

37 J. Alibegović, 73; Predrag Bejaković, „Mirovinski sustav u Hrvatskoj: problemi i perspektiva“, *Analiza mirovinskih sustava*, Zagreb, 2011, 7.

38 Д. Мркшић, Г. Томашевић-Дражић, 142.

39 Тако и наш Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима – ЗДПФ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005 и 31/2011, чл. 40, ст. 4.

40 Душко Кнежевић, *Правне и економске претпоставке одрживости система пензијског осигурања*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2010, 46; Philip Davis, *Pension Funds, Financial Intermediation and the New Financial Landscape*, London, 2000, 2; *Les Pensions Prives - Classification Et Glossaire De L'OCDE*, OECD Publishing, 2005, 40; Pablo Antolin, „Ageing and the payout phase of pensions, annuities and financial markets“, *OECD Working Papers on Insurance and Private Pensions*, No. 29, OECD Publishing, 2008, 6.

41 Ana Milićević Pezelj, „Godina mirovinskog staža: 114 plastičnih boca“, *Analiza mirovinskih sustava*, Zagreb 2011, 3.

42 Д. Кнежевић, 46; P. Davis, 2; P. Antolin, 6.

ним исплаћеним износима, иако су они значајно мањи, него у првом случају. Уколико корисник умре пре завршетка исплате свих анuitета, остатак ће ући у његову заоставштину. Али, уколико надживи трајање овог осигурања, остаће без значајног извора прихода до краја свог живота.

Трећи начин било би уговарање доживотних програмираних исплата.⁴³ На овај начин кориговао би се недостатак претходног модела, јер би корисник примао новац до краја свог живота. Међутим, велика мана овог система јесте што корисник не може предвидети колико ће да живи. Самим тим је могућ и случај његове превремене смрти, када би, у укупном билансу, примио много мање него што његова акумулирана средства износе. За разлику од претходна два модела, у овом не постоји могућност наслеђивања.

Најпосле, могуће је и уговарање комбиновања неког од ова три начина,⁴⁴ у складу са преференцијама корисника.

в) Акумулација средстава на индивидуалним рачунима корисника

Систем добровољног пензијског осигурања, као и систем обавезног приватног осигурања, заснива се на моделу акумулације капитала.⁴⁵ Уплате свих корисника чине заједно имовину фонда. Ова средства се даље инвестирају у тржиште капитала и на тај начин увећавају.⁴⁶ Кад корисник на то стекне право, овако акумулирана и увећана средства исплаћују му се у виду пензије, на један од горепомнутих начина. О начинима пласирања ових средстава биће речи у следећем одељку. На овом месту неопходно је направити две разлике између првог и трећег стуба.

Прво, код обавезног јавног пензијског осигурања средства се уплаћују у фонд без идентификације коме се тачноуплаћују.⁴⁷ Он, заправо, функционише по принципу „проточног бојлера“, у ком се садашње уплате одмах исплаћују постојећим пензионерима, те самим тим нема средстава која се задржавају у имовини фонда.⁴⁸ С обзиром на то да садашњи запослени преузимају на себе бригу о издржавању садашњих пензионера, овај модел јесте израз принципа међугенерациске солидарности, као и принципа редистрибуције. Насупрот томе, код модела акумулације капитала, средства се уплаћују

43 *Les Pensions Prives - Classification Et Glossaire De L'OCDE*, OECD Publishing, 2005, 40; P. Antolin, 6.

44 P. Antolin, 6.

45 А. Илић, 13.

46 P. Bejaković, 7; Eduardo Walker, Fernando Lefort, *Pension Reform And Capital Markets: Are There Any (Hard) Links?*, The World Bank, Washington, 2002, 5.

47 Д. Мркшић, Г. Томашевић-Дражић, 142.

48 Небојша Жарковић, *Животна осигурања*, Нови Сад, 2011, 113; Г. Матковић (2009), 13.

на личне рачуне корисника осигурања. Она се акумулирају на тим рачунима, даље улажу, а принос који се оствари инвестирањем се у потпуности приписује рачунима корисника који су средства првобитно уплатили. Овако организован, овај систем представља одраз принципа штедње.

Друго, док код добровољног пензијског осигурања износ пензија директно зависи од висине премије, времена трајања осигурања и успешности инвестиција на тржишту капитала, код обавезног јавног осигурања износ пензија најчешће није у корелацији са висином доприноса.⁴⁹

г) Капитализација уплаћених доприноса

Пензијски фондови, односно организације које њима управљају, могу се сматрати институционалним инвеститорима. Као што је претходно већ споменуто, они прикупљају, заједнички удружују и потом инвестирају прикупљена средства од будућих пензионера на тржиште капитала. На тај начин увећавају се акумулирана средства која се касније исплаћују у виду пензија. Стога се са пуним правом може рећи да трећи стуб пензијског система представља рефлексију принципа штедње.

Добровољно пензијско осигурање, будући метод институционалног инвестирања, може знатно утицати на тржиште капитала једне државе и тиме подстаћи њен привредни раст и развој.⁵⁰ С друге стране, и само стање тржишта капитала у једној земљи врши повратан утицај на ове фондове.⁵¹ Наиме, уколико та држава већ поседује развијено тржиште капитала, доћи ће до раста приноса фонда, па ће и услови пословања организација које управљају овим фондовима бити битно повољнији.

Следећа предност оваквог типа институционалног инвестирања јесте та што су трансакциони трошкови инвестирања значајно нижи него што је то случај код индивидуалног инвестирања.⁵² Ово због тога што фондове добровољног пензијског осигурања воде специјализоване финансијске институције које располажу већим капиталом, специјализованим знањима и информацијама.

49 Д. Мркшић, Г. Томашевић-Дражић, 142; Д. Кнежевић, 46.

50 Р. Bejaković, 7; E. Walker, F. Lefort, 5, 6; Channarith Meng, Wade Donald Pfau, *The Role of Pension Funds in Capital Market Development*, Tokyo, 2010, 2, 3; Thomas Ashok, Spataro Lucay, Matthew Nandithaz, „Pension Funds and Stock Market Volatility: An Empirical Analysis of OECD Countries“, *Journal of Financial Stability*, 11/2014, 2.

51 Goran Vukšić, „Mirovinska reforma i razvoj tržišta kapitala“, *Analiza mirovinskih sustava*, Zagreb, 2011, 2.

52 G. Vukšić, 9.

У вези са тим, ОЕЦД је 2015. године објавио резултате истраживања пословања и успешности приватних пензијских фондова на тржишту капитала.⁵³ На овом месту издвајамо неколико занимљивих закључака.

У последњих пар година, приватни пензијски фондови у земљама широм света бележе константан пораст прилива средстава. Како у многим развијеним економијама света све више опада значај обавезног јавног пензијског осигурања, може се очекивати да ће приватни фондови трећег стуба у следећим годинама бележити све већи раст. Посматрано од 2008. године, просечан годишњи раст укупних средстава ових фондова износи 8,1%.

Овакав успех приватни пензијски фондови највећим делом дугују позитивним исходима својих инвестиција на тржишту капитала. Стопа приноса ових инвестиција на годишњем нивоу креће се од 1,2% у Чешкој до 16,7% у Данској, док је укупна просечна стопа 5%.

Што се тиче инвестиција приватних пензијских фондова, наглашавамо да треба направити баланс између сигурности и профитабилности, и у вези са тим с тим инвестирања у традиционалне и алтернативне инструменте тржишта капитала.

С једне стране, као традиционалне инвестиције ОЕЦД наводи улагање у обвезнице, државне записе, акције, сам новац и новчане депозите. Овакве инвестиције у земљама ОЕЦД -а чине 84,7% укупних улагања пензијских фондова на тржишту капитала. Ван ОЕЦД -а је ова цифра већа и износи 89,6%. У оквиру традиционалних инвестиција, све је већи број менаџера фондова који преферирају улагање у акције.

С друге стране, приметна је тенденција улагања и у не тако традиционална, тј. алтернативна средства. Оваквој врсти улагања инхерентан је веома висок разик, те се, оправдано, поставља питање да ли су она неопходна и оправдана за овакве врсте институционалних инвеститора. Неки од алтернативних типова улагања који се јављају на већим тржиштима капитала су: земљишта, некретнине, различити типови инвестиционих фондова (попут хец-фондова), као и бројни финансијски деривати (попут фјучерса, опција и свопова). Уочава се, такође, и спремност фондова да улажу ван матичне земље, очекујући тако веће стопе приноса од оних које би остварили на домаћем тржишту.⁵⁴

53 *Pension Markets in Focus 2015*, OECD Publishing, 2015.

54 Постоји само седам земаља у којима је изражено окретање ка алтернативном инвестирању. Ипак, с обзиром на то да оне окупљају највеће пензијске фондове на свету, оваква чињеница

2. Предуслови успешности приватних пензијских фондова

Чињеница је да реформе пензијског система повећавају штедњу, економски раст и развој и свеукупну продуктивност једне земље. Ипак, да би пензијске реформе допринеле наведеним циљевима, неопходно је да се, пре тога, испуне одређене претпоставке у погледу самог тржишта капитала. Нужно је успоставити повољну пословну климу. Главни предуслови ове врсте су: макроекономска стабилност, фискални подстицаји, либерализација тржишта капитала, одговарајућа законска регулатива, као и приватизација предузећа.

Прво, макроекономска стабилност⁵⁵ неопходна је како би се, у једном дужем временском периоду остварили сигурност и предвидљивост на тржишту. Ово нарочито имајући у виду карактер приватног пензијског осигурања као облика дугорочног улагања. Макроекономска стабилност дефинише се преко више различитих компоненти, од којих су најважније: ниска и стабилна стопа инфлације, ниске каматне стопе, низак удео јавног дуга у БДП-у, ниски дефицити у буџету и стабилност домаће валуте.⁵⁶

Друго, фискални подстицаји⁵⁷ су нужни како би се дала предност приватним пензијским фондовима у односу на остале видове штедње. Ово се може остварити, на пример, путем ослобођења од плаћања пореза на део зараде који се уплаћује у добровољне пензијске фондове, као што је случај са нашом државом.⁵⁸ Такође, могуће су и погодности у виду исплате додатних подстицајних средстава у одређеном проценту уложеног новца.⁵⁹

Треће, либерализација тржишта капитала⁶⁰ подразумева укидање непотребних ограничења која представљају терет даљем развоју и унапређењу самог тржишта.

се никако не може сматрати занемарљивом. Неке од тих земаља су Велика Британија, Канада, Сједињене Државе, као и Бразил.

55 E. Walker, F. Lefort, 11; Gregorio Impavido, Alberto R. Musalem, Thierry Tressel, *The Impact of Contractual Savings Institutions on Securities Markets*, The World Bank, Washington 2003, 3-5.

56 А. Илић, 11.

57 E. Walker, F. Lefort, 12; Д. Кнежевић, 44.

58 Тако је код нас пореско ослобођење регулисано у Закону о порезу на доходак грађана – ЗПДГ, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012 - усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 – одлука УС, 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 - испр., 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 - др. закон, 5/2015 - усклађени дин. изн., 112/2015 и 5/2016 - усклађени дин. изн., чл. 21а.

59 Тако је у Хрватској – штедњом у фондовима трећег стуба остварује се право на државна подстицајна средства, у износу од 15% уплаћених доприноса. Вид. *Zakon o dobrovoljnim mirovinskim fondovima*, *Narodne novine*, бр. 19/2014, чл. 135.

60 А. Илић, 11; E. Walker, F. Lefort, 12.

Четврто, одсуство адекватних закона, подједнако као и лоша регулатива постојећих, може погубно утицати на развој и рад пензијских фондова, а тиме и на целокупно тржиште.⁶¹ Ово би, даље, допринело повећаној заштити инвеститора, који се, у одсуству одређених правних гаранција, не би упуштали у даља улагања.

Последње, приватизација⁶² предузећа има значајног ефекта на целокупно тржиште капитала тако што се повећава њихова спремност да прикупљају капитал путем емитовања обвезница и акција. На тај начин, и сами фондови пензијског осигурања стичу могућност да даље улажу.

3. Последице учествовања приватних пензијских фондова на тржишту капитала

Досадашња искуства показују неспоран утицај приватних пензијских фондова на развој финансијског тржишта као и целокупан економски напредак.⁶³ Пре свега, повећана штедња.⁶⁴ Наиме, као што је претходно већ споменуто, основни принцип добровољних пензијских фондова јесте управо принцип штедње. Само постојање оваквог типа фондова представља подстицај за грађане да већи део вишкова својих прихода улажу у ове фондове. Такође, структура штедње и улагања се мења, те тако грађани више не улажу толики део средства у тзв. мртва добра (на пример, злато и некретнине),⁶⁵ већ у приватне пензијске фондове који та средства даље пласирају на тржиште капитала.

Даље, повећана тражња за хартијама од вредности.⁶⁶ Овде превасходно мислимо на најсигурније хартије од вредности, попут обвезница које емитују државе, локалне самоуправе, народне банке, као и акције и обвезнице које емитују најјаче домаће и стране компаније.

Такође, иновације у области финансијског посредовања.⁶⁷ Услед делатности фондова на финансијском тржишту, јављају се захтеви за усавршавањем и побољшањем инструмената функционисања ових тржишта, као и иновацијом и продубљивањем знања лица ангажованих да њима управљају.

61 E. Walker, F. Lefort, 12, 13.

62 А. Илић, 11.

63 Т. Ashok, S. Lucay, M. Nandithaz, 2.

64 G. Vukšić, 13; E. Walker, F. Lefort, 14; В. Саксида, 146.

65 G. Vukšić, 13.

66 G. Impavido, A. R. Musalem, T. Tressel, 3-5.

67 G. Vukšić, 14; C. Meng, W. Donald Pfau, 2, 3.

Надаље, смањење трошкова капитала за компаније.⁶⁸ Наиме, штедњом у овим фондовима долази до повећања укупне количине новца на тржишту. Привредни субјекти ће зато, при задуживању, плаћати мању цену капитала услед његове веће доступности.

На крају, могућност државе да се задужује на домаћем тржишту.⁶⁹ Обвезнице издате од стране држава представљају једне од најсигурнијих инвестиција фондова. Због тога и улагање фондова у ове врсте хартија од вредности представља чин сигурног пословања, те се они често опредељују за ову опцију.

Узимање у обзир свега што је до сада речено у први план ставља улогу коју добровољни пензијски фондови имају – обезбеђење додатних прихода старим лицима чије се државне пензије показују као недовољне. Из тог разлога, на овом месту издвајамо три предлога. Пре свега, улагање у сигурне финансијске инструменте. Ту спадају обвезнице држава (или једница локалних самоуправа), обвезнице банака и других финансијских организација, као и акције и обвезнице које емитују домаћа и страна привредна друштва. У оквиру овога, државне обвезнице се јављају као најсигурније, јер је њихов емитент идентичан са емитентом новца, те оне зато са собом повлаче и нижу камату. Друго, чак и улагање у овако сигурне инструменте треба чинити опрезно. Због тога је неопходна диверзификација ризика. Разноликост инвестиција треба да се протеже на целокупни финансијски ангажман фонда, па се на овај начин и губици које фонд може да претрпи могу компензовати без већих тешкоћа. Треће, у случају да, и поред овако опрезног пословања друштава, ипак дође до губитка средстава улагача, оснивање посебног гарантног фонда представљало би последњу линију одбране. Само постојање оваквог супсидијарног фонда улило би потенцијалним члановима осећај сигурности и, самим тим, популаризовало оваква улагања.⁷⁰

68 E. Walker, F. Lefort, 14.

69 G. Vukšić, 15; Миленка Микић, „Приватно пензијско осигурање“, *Судска пракса – месечни стручно-информативни часопис*, фебруар-март 2006, 57.

70 У том смислу, Велика Британија је, у оквиру самог добровољног пензијског осигурања, успоставила посебну заштиту у виду гарантног фонда (*Pension Protection Fund*), из кога се исплаћују средства у случају неликвидности приватних фондова. Вид. *Pensions at a Glance 2013*, OECD AND G20 INDICATORS, OECD Publishing, 2013, 295.

V Увођење добровољног пензијског осигурања у Републици Србији

Због догађаја из деведесетих година прошлог века, реформа пензијског система у Србији почела је знатно касније него у осталим земљама региона. Иако је закон којим је материја добровољног пензијског осигурања коначно заокружена донет тек 2005. године, ембрион овог института јавио се у српском законодавству још 1996. године. Стога ћемо своје излагање започети првенствено са приказом фазе која је претходила донешењу закона који представља *sedes materiae* за ову област 1) да бисмо се, потом, сконцентрисали на анализирање најзначајних одредби управо овог закона 2).

1. Настајање трећег стуба пензијског осигурања у Републици Србији

У сврху објашњавања развоја института добровољног пензијског осигурања, посебну пажњу неопходно је обратити на три закона – Закон о осигурању имовине и лица (1996),⁷¹ Закон о пензијском и инвалидском осигурању (2003) и Закон о осигурању имовине и лица (2004).⁷²

Закон о осигурању имовине и лица (1996) свакако је поставио темеље института добровољног пензијског осигурања, с обзиром на то да се у њему по први пут овај институт уопште и спомиње. Предвиђена форма организовања друштва које се баве овом делатношћу је акционарско друштво, док је износ минималног оснивачког капитала утврђен у висини од 500.000 америчких долара.⁷³ Овај закон извршио је продор 3. стуба на тржиште осигурања. Шест година након његовог ступања на снагу, 2002. године, прво осигуравајуће друштво, Дунав ТБИ, добило је дозволу за бављење овом делатношћу.⁷⁴ Убрзо након тога, 2004. године, још два друштва добила су дозволу за бављењем овог типа осигурања – Делта осигурање и ДДОР Нови Сад.⁷⁵

71 Закон о осигурању имовине и лица – ЗОИЛ, *Службени лист СРЈ*, бр. 30/96, 57/98, 53/99, 55/99.

72 Закон о осигурању – ЗО, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004 - испр., 61/2005, 61/2005 - др. закон, 85/2005 - др. закон, 101/2007, 63/2009 - одлука УС, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013 и 139/2014 - др. закон.

73 ЗОИЛ, чл. 8. и 14.

74 Гордана Вићентијевић, „Добровољно пензијско и инвалидско осигурање“, *Социјално осигурање – Зборник радова*, Београд, 2005, 112.

75 Г. Вићентијевић, 112; Радоје Савићевић, „Добровољно пензијско осигурање“, *Радно законодавство у пракси - Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*, бр. 1/2007, 409.

Закон о пензијском и инвалидском осигурању (2003) вредан је помена јер даје прву дефиницију овог института.⁷⁶ Такође, чланство у фондовима добровољног пензијског осигурања не везује за радни однос.⁷⁷ Њиме је, даље, предвиђено да се сва остала питања везана за ову област уреде доношењем посебног закона.

Законом о осигурању (2004) добровољно пензијско осигурање уврштено је у ред животних осигурања.⁷⁸ Што се тиче висине оснивачког капитала, та граница је подигнута на 3.000.000 евра.⁷⁹ Најпосле, претходно успостављеним друштвима је дозвољено да се и даље баве овом врстом делатности.⁸⁰

Битно је напоменути да су на основу ова три закона поједина осигуравајућа друштва почела да се баве пословима добровољног пензијског осигурања у пракси, иако у то време, истина, закон који супстанцијално регулише ову материју још увек није био донет. Чињеница је да у то време законодавни оквир трећег стуба осигурања није још увек био ни довољно ни јасно дефинисан. Стога је остављено пракси да ове рупе попуни. Тако је било све до доношења закона који данас представља *lex sedes materiae* ове области

2. Садашњи законодавни оквир трећег стуба

Република Србија је материју трећег стуба регулисала 2005. године доношењем Закона о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима - ЗПДФ. У нашем позитивном праву, поменути закон представља *lex sedes materiae* добровољног пензијског осигурања. При излагању које следи, аутори су се определили да прате систематику датог закона.

На самом почетку истичемо да су творци Закона, увидевши важност основних принципа добровољног пензијског осигурања, исте усвојили и уврстили у Закон, у виду следећих начела – добровољност чланства, расподела ризика улагања, равноправност чланства, јавност рада, као и акумулација средстава.⁸¹ О појединима од њих је већ раније било речи.

а) Добровољни пензијски фонд

Добровољни пензијски фонд је институција колективног инвестирања у оквиру које се прикупља и улаже пензијски допринос у различите

76 ЗПИО, чл. 16, ст. 1.

77 ЗПИО, чл. 16, ст. 2.

78 ЗО, чл. 9, ст. 1, тач. 4.

79 ЗО, чл. 28, ст. 1, тач. 1(2).

80 ЗО, чл. 236.

81 ЗДФП, чл. 2.

врсте имовине са циљем остварења прихода и смањења ризика улагања.⁸² Овај фонд представља засебну имовину која нема својство правног лица.⁸³ Њиме управља друштво за управљање фондом, о чему ће касније бити више речи.⁸⁴

Целокупна имовина фонда налази се у својини његових чланова, сразмерно њиховим уделима.⁸⁵ Ова имовина води се на посебним рачунима код кастоди банке.⁸⁶ Чињеница коју би посебно требало нагласити јесте та да је имовина фонда у потпуности одвојена од имовине друштва за управљање тим фондом.⁸⁷

Као члан фонда, може се појавити како домаће, тако и страном физичко лице, а Закон дозвољава могућност да исто лице буде члан више фондова у исто време.⁸⁸ Такође, чак и након престанка уплаћивања доприноса, лице и даље остаје члан фонда.⁸⁹ Обвезник уплате може бити: физичко лице, организатор или послодавац.⁹⁰ Лице постаје члан добровољног пензијског фонда закључењем уговора о чланству. Друштво за управљање води индивидуалне рачуне сваког члана фонда.⁹¹ Средства се са ових рачуна члан може преносити у други фонд.⁹²

82 ЗДПФ, чл. 3, ст. 1, тач. 2.

83 ЗДПФ, чл. 28, ст. 3.

84 ЗДПФ, чл. 28, ст. 2.

85 ЗДПФ, чл. 29, ст. 1.

86 ЗДПФ, чл. 29, ст. 3.

87 ЗДПФ, чл. 29, ст. 2.

88 ЗДПФ, чл. 40, ст. 1.

89 ЗДПФ, чл. 40, ст. 4.

90 ЗДПФ, чл. 41. У Француској, у добровољне пензијске фондове могу уплаћивати како послодавац, тако и запослени, у зависности од врсте фонда. У *PERCO* фонд, основан 2003. године, доприносе уплаћују послодавци, и то максималног износа од 25% годишњих примања запослених, а уплате до 4,600 евра се не опорезују. С друге стране, у *PERP* фонд, чији чланови нису само запослени, уплате доприноса врше сами грађани, а износ уплата је ствар искључиве преференције осигураника. Износ уплата у висини до 10% претходне годишње зараде се не опорезује, док се исплате, заједно са осталим приходима, опорезују. Вид. Najat El Mekkaoui de Freitas, *Retirement Security in France: Policy and current issues*, Université Paris-Dauphine, Harvard University 2011; *Pension Country Profile: France*, The OECD Private Pensions Outlook, OECD, 2008, 192. Сличан модел постоји и у Немачкој, с тим да постоје два фонда у које запослени уплаћују доприносе – *Riester* и *Rürup*. Вид. М. Quessier, 12; Rüdiger Blaiх, *Pension Provision in Germany – The First And Second Pillars In Focus*, AEGON, 2010, 2; *Pension Country Profile: Germany*, OECD Private Pensions Outlook, OECD, 2008, 127-130.

91 ЗДПФ, чл. 43, ст. 1.

92 ЗДПФ, чл. 44, ст. 1.

Имовина фонда подељена је на инвестиционе јединице. Наиме, њихова укупна вредност једнака је нето вредности имовине фонда.⁹³ Уплаћени пензијски доприноси конвертују се у инвестиционе јединице.⁹⁴ Уплате до износа од 5.501,00 динара се не опорезују.⁹⁵ Када је реч о вредности инвестиционих јединица, она се мења у зависности од кретања цена хартија од вредности и друге имовине у коју су уложена средства фонда. Фондови су обавезни да сваког радног дана објављују вредност инвестиционе јединице.⁹⁶

На крају је битно нагласити да друштво за управљање може своје право управљања фондом уговором пренети на друго друштво.⁹⁷ Исти сценарио дешава се и у случају престанка друштва за управљање.⁹⁸

б) Инвестициона политика друштва за управљање

Првенствени циљ пословања фондова добровољног пензијског осигурања јесте лукративни – остваривање добити. Ово због тога што су инвестициони фондови професионално вођене финансијске инситуције.⁹⁹ Међутим, у тој трци за профитом не треба сметнути са ума још једну битну улогу ових фондова – пружање сигурности старим лицима у току једног дужег временског периода. Сходно томе, у свом члану 30, Закон прописује следећа начела:

1) начело сигурности имовине добровољног пензијског фонда – у структури портфолија добровољног пензијског фонда налазе се хартије од вредности издавалаца са високим кредитним рејтингом;

2) начело диверсификације портфолија – средства се улажу у хартије од вредности које се разликују према врсти и издаваоцима, као и према другим обележјима;

3) начело одржавања одговарајуће ликвидности – препоручује се инвестирање у хартије од вредности које је могуће брзо и ефикасно купити и продати по релативно уједначеној и стабилној цени.¹⁰⁰

93 ЗДПФ, чл. 47, ст. 1.

94 ЗДПФ, чл. 47, ст. 2.

95 ЗПДГ, чл. 21а.

96 ЗДПФ, чл. 47, ст. 8.

97 ЗДПФ, чл. 52а.

98 ЗДПФ, чл. 53, 54, 55, 56.

99 Бранко Васиљевић, *Основи финансијског тржишта*, Београд, 2006, 117.

100 ЗДПФ, чл. 30, ст. 1.

в) Друштво за управљање добровољним
пензијским фондовима

Закон дефинише друштво за управљање као привредно друштво које организује и управља добровољним пензијским фондовима.¹⁰¹ Оно то чини доношењем инвестиционих одлука, као и вршењем административних и маркетиншких послова и активности.¹⁰² Оно може бити основано искључиво као затворено акционарско друштво.¹⁰³ У том смислу, сам Закон предвиђа да ће се, у недостатку регулације одређеног питања, на њега применити правила Закона о привредним друштвима.¹⁰⁴ Исто правило важи и када су у питању органи друштва за управљање.¹⁰⁵

Друштво за управљање може основати домаће или страно физичко или правно лице.¹⁰⁶ Приликом оснивања друштва, мора се обезбедити новчани капитал у износу од најмање милион евра, који не сме потицати од кредита, зајмова или бити на било који други начин оптерећен.¹⁰⁷ Овој се одредби можда може приговорити да поставља исувише висок цензус. Ипак, колико год да је ова сума новца неспорно висока, треба имати у виду да делатност добровољног пензијског осигурања у самом почетку не доноси велике приходе, тако да је неопходно имати велики почетни капитал.

Битно је нагласити да једно друштво за управљање може обављати само и искључиво послове добровољног пензијског осигурања.¹⁰⁸ При томе оно може и организовати и управљати са више фондова.¹⁰⁹ Аутори похваљују овакво решење закона. Оно води даљој специјализацији и усавршавању рада ових друштава. Такође, тиме се постиже и већа сигурност. Наиме, њиховим спречавањем бављења делатностима које генеришу већи ризик, свакако се пропорционално смањује и могућност њихове инсолвентности.

У погледу начина на који ово друштво треба да организује обављање своје делатности, Закон поставља императивно правило – при сукобу интереса друштва или његових оснивача са једне, и интереса чланова

101 ЗДПФ, чл. 3, ст. 1, тач. 1.

102 Мирко Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, Београд, 2012, 457.

103 ЗДПФ, чл. 4, ст. 1; М. Васиљевић (2012), 253.

104 ЗДПФ, чл. 4, ст. 2.

105 ЗДПФ, чл. 15, ст. 1.

106 ЗДПФ, чл. 4, ст. 3.

107 ЗДПФ, чл. 7, ст. 1-3.

108 ЗДПФ, чл. 5, ст. 6.

109 ЗДПФ, чл. 5, ст. 3.

фонда с друге стране, друштво је у обавези да изабере потоње, а све то у складу са добром пословном праксом и пажњом доброг привредника.¹¹⁰

Најпосле, када је у питању одговорност друштва за управљање, Закон предвиђа да је оно одговорно члановима добровољног пензијског фонда за штету насталу због неиспуњења, задоцњења или делимичног испуњења својих обавеза које се односе на управљање фондом, осим ако неиспуњење, задоцњење или делимично испуњење не произлази из узрока које друштво за управљање није могло да предвиди ни избегне или отклони.¹¹¹

г) Кастоди банка

Уопштено посматрано, кастоди банка се бави чувањем и управљањем хартија од вредности за рачун њихових ималаца који су јој клијенти. Према тексту самог Закона, кастоди банка представља банку која води рачун фонда и обавља друге кастоди услуге за његов рачун.¹¹² Односи између друштва за управљање и кастоди банке се успостављају на основу уговора.¹¹³

д) Надлежност Народне банке Србије у вршењу надзора

Имајући у виду делатност друштава за управљање добровољним пензијским фондовима на финансијском тржишту, као и њихову природу, било је неопходно успоставити адекватне механизме надзора над радом ових привредних друштава. Као државна институција погодна за обављање ове функције одабрана је Народна банка Републике Србије.¹¹⁴ Према чл. 67. Закона, њена улога је да врши надзор над спровођењем овог закона, доноси подзаконске акте и води Регистар добровољних пензијских фондова.¹¹⁵

С обзиром на специфичну природу делатности ових фондова, аутори предлажу формирање посебног надзорног тела. Иако се поверава-

110 ЗДПФ, чл. 5, ст. 1. У једном ширем смислу, у овоме би се огледала дужност лојалности. То би даље значило да је друштво дужно избегавати све ситуације у којима оно може доћи у сукоб са члановима фонда којим управља и у чијем интересу, у крајњој линији, оно и поступа. У том смислу, вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013, 45.

111 ЗДПФ, чл. 25, ст. 1.

112 ЗДПФ, чл. 3, ст. 1, тач. 3, чл. 64.

113 ЗДПФ, чл. 63, ст. 1.

114 Татјана Ракоњац-Антић, Весна Рајић, *Надзор над функционисањем добровољног пензијског осигурања - Надзор и контрола пословања осигуравајућих компанија*, Београд, 2011, 272.

115 ЗДПФ, чл. 67.

ње ове дужности Народној банци чини као логично решење, мора се имати у виду преширок спектар њених делатности, те самим тим и немогућност њеног адекватног усредсређивања на делатности ових друштава. Такође, могло би се помислити да би надзор требало поверити Комисији за хартије од вредности, будући да је она надлежна за инвестиционе фондове и друштва која њима управљају. Ипак, сматрамо да ово решење не би било задовољавајуће. Иако је делатност Комисије фокусирана на институционална инвестирања, овде се ипак ради о другачијој врсти инвеститора. Управо из тог разлога, имајући у виду степен сигурности са којим ови фондови морају пословати, чини се да је најцелисходније решење управо формирање посебног контролног тела које би се у будућности бавило надзором над радом искључиво ових друштава.

VI Тренутни пресек пословања друштава за управљање добровољним пензијским фондовима у Републици Србији

Према тренутном стању ствари, у Србији послује четири друштва за управљање која воде седам фондова добровољног пензијског осигурања - *Generali ad Београд дуднф* (Generali Basic и Generali Index),¹¹⁶ *Raiffeisen FUTURE a.d. Beogradudpf* (Raiffeisen Future и Raiffeisen EuroFuture),¹¹⁷ *ДДОР-ГАРАНТ, друштво за управљање добровољним пензијским фондом а.д.* (Гарант Еквилибрио и Гарант Штедња)¹¹⁸ и *Дунав друштво за управљање добровољним пензијским фондовима а.д.*¹¹⁹

При разматрању пословања ових друштава, аутори су издвојили неколико тачака на које би требало обратити пажњу, како би се стекао свеобухватан увид у начин и успешност њиховог деловања. Оно што је заједничко свим друштвима за управљање јесте да су добила дозволу НБС 2006. односно 2007. године, као и да сва ова друштва, осим једног, управљају са по два фонда. Такође, као што је претходно већ споменуто, свако друштво за управљање је у обавези да свакодневно објављује како вредност имовине фонда који води, тако и вредност његових инвестиционих јединица. Као реферетни датум посматрања, аутори су се определили за 3.

116 *Generali* Друштво за управљање добровољноним пензијским фондом, доступно на адреси: <http://www.penziskifond.rs/>, 5.3.2016.

117 *Raiffeisen* пензијски фонд, доступно на адреси: <https://www.raiffeisenfuture.rs/raiffeisen-penzioni-fond.145.html>, 5.3.2016.

118 *ДДОР гарант* фонд, доступно на адреси: <http://www.garant-penzije.eu/>, 5.3.2016.

119 *Дунав* Добровољни пензијски фонд, доступно на адреси: <http://www.dunavpenzije.com/>, 5.3.2016.

март 2016. године. Вредност имовине појединачних фондова креће се од 11.198.258,65¹²⁰ динара до 12.125.000.000,00 динара. Што се тиче вредности инвестиционих јединица, она варира од 1.040,12 динара па све до 2.595,25 динара. Када се гледа просечан годишњи принос од дана оснивања фондова, он се креће у распону од 5,51% до 12,12%. Иако ови износи не делују претерано охрабрујуће, мора се имати у виду и чињеница да су ови фондови пословали у доба велике економске кризе, те такве бројке не чуде. На крају, ако се узме у обзир принос који су фондови у последњих годину дана остварили, он је знатно виши и износи од 8,28% до 19,05%.

На овом месту издвајамо три битна закључка. Прво, вредност инвестиционих јединица сваког фонда појединачно флукуира свакодневно. Разлог овоме је што је она директно зависна од вредности средстава у које друштва која управљају фондовима улажу на тржишту капитала. Такође, иако вредности посматраних инвестиционих јединица не одступају знатно једне од других, вредности имовина ових фондова ипак се међусобно знатно разликују. Ово због тога што различити фондови у себи обједињују различит број инвестиционих јединица. На крају, узимајући у обзир имовину којом сваки од ових фондова појединачно располаже, ни за једног од њих се не може рећи да представља великог играча на тржишту капитала. Као један од чинилаца који су овоме допринели је свакако недовољна развијеност самог института добровољног пензијског осигурања. Па ипак, позитивни резултати која ова друштва у свом пословању остварују, свакако ће у будућности привлачити нове чланове и тиме допринети увећавању улоге ових друштава у тржишној утакмици.

VII Закључци и препоруке

Долазак у животну доб у којој појединац више не може на адекватан начин да привређује показује се као неминовност. Као решење овог проблема државе су виделе стварање система обавезног пензијског осигурања који се дуго времена чинио довољним. Међутим, ситуација у друштву временом је почела да се мења. Систем обавезног пензијског пензијског осигурања почео је да показује своје слабости.

Увидевши потребу за хитним решавањем овог проблема, а у циљу спречавања наступања још озбиљнијих последица, Светска банка је 1994.

120 *Raiffeisen EuroFuture* представља најновији фонд ове врсте. Као датум почетка његовог пословања узима се 24.7.2015. године. С обзиром на ову чињеницу, подаци о његовом дугорочном пословању нису доступни. Управо из тог разлога, његова имовина и вредност инвестиционе јединице су осетно мање у поређењу са осталим посматраним фондовима.

године донела извештај под називом „Спречавање кризе старог доба: политика заштите старих и промовисања развоја“, у коме позива на организовање пензијског система заснованог на три стуба.

Најдоминантнија карактеристика трећег стуба представља могућност појединаца да преузму бригу о сопственој будућности у своје руке. На тај начин, а јачањем принципа аутономије воље грађана у овој области, држава истовремено растерећује сопствени систем обавезног пензијског осигурања. На овај начин формирани, добровољни пензијски фондови су замишљени као велики инвеститори на тржишту капитала. Оно што би морало да одликује њихове инвестиције јесте висок степен сигурности у погледу врсте и начина улагања. Овоме би додатно допринело формирање гарантног фонда који би представљао брану потенцијалном неуспешном пословању фондова. У складу са тим је и предлог успостављања посебне надзорне институције искључиво надлежне за ову врсту делатности. Све ово, уз омогућавање пореских ослобођења, чинило би штедњу у добровољним пензијским фондовима изузетно примамљивом опцијом.

Ипак, и уз све предности које са собом носе, добровољни пензијски фондови у већини земаља нису заживели у већој мери. Ни наша држава није изузетак. Будући један од новијих института, неопходно је уложити много више труда у његову популаризацију. Нужно је подићи свест грађана о битној улози коју ови фондови имају, како за њих саме, тако и за целокупну привреду државе.

Што се тиче садашњег стања трећег стуба у нашој држави, она се не може оценити као задовољавајућа. Неспорно је да је сам институт добровољног пензијског осигурања утемељен, како на законодавном, тако и на практичном плану. Међутим, ово није довољно. Чињеница да свих седам фондова који се баве овом делатношћу у Републици Србији добро послују, мора се као оценити као позитивна околност. То је јасан индикатор да је инвестициона клима у Србији повољна. Све ове околности наводе нас на закључак да простора за експанзију добровољног пензијског осигурања свакако има. Уз адекватно промовисање и едукацију становништва трећи стуб осигурања могао би да постане водећи у овој области. Све ово, наравно, уз предузимање одговарајућих корака, пре свега од стране државе, довешће до развијања пуног потенцијала овог облика штедње. Па ипак, као и увек, пракса је та која ће показати крајњи резултат овог предвиђања.

Bojana BILANKOV

M.A. student at Faculty of Law University of Belgrade

Dušan ALEKSIĆ

M.A. student at Faculty of Law University of Belgrade

VOLUNTARY PENSION INSURANCE AS A METHOD OF SOLVING THE PENSION SYSTEM CRISIS

Summary

The authors of this article analyze the institute of voluntary pension insurance, as the most appropriate method of resolving the pension system crisis. Namely, for a long period of time the idea of mandatory public pension scheme seemed to be sufficient. However, after its falling into a crisis, the World Bank constructed a three-pillar pension model. The third pillar was designed as a voluntary private pension scheme. Created in such a way, the private organizations that govern these pension funds represent significant institutional investors in global market. Focus of the analysis is both on the current legal framework, as well as different legal systems approaches. At this point of time, in our country there are five private organizations that run seven voluntary pension funds with significant success. Throughout the paper, and especially in the concluding remarks, authors offer possible solutions in order to further improve the existing situation. This because the size of these funds in our country is insufficient. An increased popularization and education of the citizens would make these voluntary funds leading investors in the market. It is on the state to provide adequate measures in order to enable the complete development of this model. In this way, it would show its full potential in practice.

Key words: *third pillar, voluntary pension insurance, institutional investors, capital accumulation, capitalization.*

ПРАВО ПОТРОШАЧА

Др Драган ВУЈИСИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПОТРОШАЧКИ УГОВОРИ И ГАРАНЦИЈА ЗА ИСПРАВНО ФУНКЦИОНИСАЊЕ ПРОДАТЕ СТВАРИ

Резиме

Гаранција трговца за исправно функционисање продате ствари у праву ЕУ предмет је Директиве о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и о гаранцијама за такву робу из 1999. године. Директивом, међутим, ово подручје није уређено у целости већ су обухваћени неки њени аспекти, док се други препуштају државама чланицама, као што је нпр. садржина гаранције. У праву Републике Србије, сходно Споразуму о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Републике Србије из 2008. године и одатле проистекле обавезе усклађивања српског законодавства с правним тековинама ЕУ, Директива је имплементирана у Закону о заштити потрошача. Осим приказа тзв. добровољне потрошачке гаранције у праву ЕУ, националним законодавствима држава чланица и српском Закону о заштити потрошача, у раду су анализирана и питања појма, назива, карактеристика, функција гаранције, односа између законског режима о одговорности трговца за несаобразност и добровољне гаранције, правне природе тзв. потрошачке гаранције.

Кључне речи: *потрошач, трговац, роба, продаја, гаранција.*

I Увод

Гаранција је правни инструмент којим страна која је даје, у било ком правном облику, осигурава одређени резултат. Резултат који се гарантује значи да ће извршење уговора бити манифестовано онако како је дефинисано у гаранцији; у супротном да ће потрошач имати на располагању одговарајућа правна средства. Ако обавеза трговца преузета на основу уговора представља облигацију средства, у том случају гаранција за повериоца уговорне обавезе (потрошача) обезбеђује сигурност која подсећа на облигацију циља.¹ Давалац гаранције је дужан да преузме одговорност у случају настанка ризика који је битан елемент уговора.

Питање терминологије је од суштинског значаја зато што потрошачи треба да створе јасну везу између назива и садржаја инструмента који тај назив означава. Постоје одређени проблеми у вези терминологије. Постојање многих назива повезаних са гаранцијом на тржишту, чини разликовање између различитих правних конструкција проблематичним и воде непостојању јасне разлике између законског режима саобразности и гаранције, што *de facto* води ка смањивању практичног значаја режима несаобразности из перспективе потрошача. На тржишту се користе веома различити називи: гаранција, потрошачка гаранција, комерцијална гаранција, проширена гаранција, *back up* гаранција, дугорочна гаранција, гаранција за потрошачку робу, итд.²

Давалац гаранције може бити продавац или треће лице које није уговорна страна. Теоретски, свако може бити у улози даваоца гаранције, па и лице које нема никакве везе са уговором о продаји у вези са чијим извршењем се издаје гаранција. У пракси, наравно, увек постоји веза између продате робе и даваоца гаранције. Тако се као давалац гаранције обично јавља лице које је део трговачког ланца, а то је најчешће произвођач. Гаранција произвођача је најпопуларнији облик гаранције. Произвођач је најкомпетентнији да одреди услове гаранције. Ниједан продавац који купује робу у циљу даље продаје не може те услове да утврди прецизно као произвођач. Давалац гаранције може бити и лице које је на други начин укључено у продају, али није део поменутог трговачког ланца

1 Aneta Wiewiorowska-Domagalska, *Consumer Sales Guarantees in the European Union*, Munich, 2013, 8.

2 Geraint Howells, C. Bryant, „Consumer Guarantees: Competition or Regulation?“, *Consumer Law Journal*, бр. 1/1993, 6.

(нпр. издавалац кредитне картице који нуди гаранцију за робу купљену коришћењем те картице).³

Гаранција има више функција. Она има маркетиншку функцију. Представља својеврсну ознаку квалитета, која се користи у рекламирању и, често у очима потрошача, сигнализира да је квалитет робе „изнад“ просека. Гаранција је и средство привлачења и задржавања купаца (потрошача), али и успостављања ближег односа са њима.⁴ У савременом промету све чешће се за активирање гаранције захтева регистрација на веб сајту трговца, који тако долази до података о потрошачу и има прилику да га обавештава о својим производима, промоцијама, акцијама, итд. Паралелно са тим, гаранција има конкурентску функцију, представљајући средство уз помоћу којег се стиче предност на тржишту у односу на конкуренте. Њена функција је и омогућавање купцу да користи купљену робу у складу са њеном наменом, без проблема уз уредну употребу у оквиру одређеног периода. Ову функцију препознаје и Зелени папир о гаранцијама за потрошачку робу и пост-продајне услуге из 1993. године (у даљем тексту: Зелени папир),⁵ који говори о специфичној услузи гарантовања да ће производ бити у „добром радном стању“. Гаранција је додатак систему одговорности за продату робу, односно правилима о несаобразности, али она иде и корак даље пружањем услуге одржавања производа. Гаранција је нарочито намењена технички сложенијим производима, онима чије је одржавање компликовано. Гаранција олакшава и питање поделе одговорности у трговачком ланцу. Шема одговорности у том ланцу може бити врло компликована, пошто је продавац свакако одговоран потрошачу, али се он касније може регресирати од произвођача или другог члана трговачког ланца. Постојање гаранције произвођача чини шему једноставнијом и упућује потрошача директно на произвођача.⁶ За потрошаче, гаранција представља додатак императивним законским правима, што обично значи постојање још једног субјекта одговорног за потенцијалну несаобразност. Обим гаранције може бити боље прилагођен потребама потрошача од шеме о несаобразности, даје му прилику да разликује квалитет производа на тржишту и даје му сигурност у психолошком смислу, пошто просечан потрошач често не познаје

3 M. Tenreiro, „Guarantees and After-Sale Service: Brief Analysis of the Green Paper presented by European Commission“, *Consumer Law Journal*, 1995, 84.

4 A. Wiewiorowska-Domagalska, 6-7.

5 Green Paper on Guarantees for Consumer goods and After-Sale services, COM (93) 509 final.

6 A. Wiewiorowska-Domagalska, 6-7.

своја законска права у случају несаобразности робе; јасно, она увек представља (и) обезбеђење за неку будућу ситуацију.

II Правна природа гаранције

Одређивање правне природе гаранције важно је из неколико разлога. Правна природа гаранције има утицаја на многе аспекте гаранције, као што су њен настанак, тумачење или утицај раскида уговора о продаји на постојање гаранције. Значај правне природе је и у одређивању правних правила која се примењују на гаранцију, односно правила у оквиру којих гаранција функционише у једном правном систему. Правна природа гаранције може бити тројака. Гаранција може да представља посебан, самосталан уговор (тада се додатно поставља питање потребе прихвата понуде потрошача, односно на који начин потрошач исказује вољу за закључењем уговора), она може бити уговорна клаузула у уговору о продаји или једнострано обећање (једнострано правни акт).⁷

Правна природа гаранције зависи од неколико фактора, међу којима су најважнији намера лица које нуди гаранцију, њена садржина (обим права и обавеза на основу гаранције, да ли су њоме установљене и обавезе за потрошача), начин настанка и субјект који нуди гаранцију. Последњи наведени фактор има можда и пресудан значај, с обзиром да је разлика у правној природи између гаранције продавца и гаранције произвођача најочљивија.

Ако је гаранцију дао продавац, онда је она повезана са уговором о продаји и најчешће ће представљати посебну клаузулу тог уговора.⁸ Уговорне стране су исте као код уговора о продаји и тада се гаранција „стапа“ са тим уговором и заправо представља проширење одговорности продавца за несаобразност.⁹ Ипак, не мора увек бити тако. Гаранција продавца може имати и другачију правну природу, ако су обавезе продавца суштински пооштрене, ако и купац има неке обавезе поводом гаранције, и/или мора да плати ту гаранцију. У тим случајевима гаранција може бити посматрана као посебан правни однос.

Гаранција произвођача се индиректно заснива на постојању уговора о продаји. Како произвођач не може да утиче ни да мења уговор о продаји, његова одговорност по основу гаранције постоји паралелно са

7 A. Wiewiorowska-Domagalska, 76.

8 M. Tenreiro, 87.

9 S. Singleton, „The Consumer Guarantees Directive 1999/44“, *Trading Law Volume*, бр. 2/1994, 135.

законским режимом одговорности трговца за несаобразност. Пошто је произвођач лице изван уговора о продаји, природно је ову врсту гаранције посматрати као одвојен и самосталан уговор. Међутим, приликом одређивања правне природе треба узети у обзир и друге факторе, као што су воља уговорних страна, услови националног правног система у погледу настанка уговора, садржина обавезе, итд. Опција посебне уговорне клаузуле у оквиру уговора о продаји отпада, пошто би створила компликовану ситуацију у правном смислу. Тако, остаје да гаранција произвођача може имати двојаку правну природу: самосталан уговор или једнострано обећање, и ово питање се решава искључиво на нивоу националног права.¹⁰

Директива о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и о гаранцијама за такву робу из 1999. године¹¹ (у даљем тексту: Директива 1999/44/ЕЗ), не регулише ово питање и оставља слободу државама чланица, мада је Зелени папир оптирао за решење којим се усваја схватање гаранције као посебног уговора. Ни Нацрт заједничког референтног оквира није заузео јасну позицију по овом питању, па тако у одређеној мери прати приступ Директиве (чл. IVA-6:101).

Решења у националним правима држава чланица ЕУ су различита. Нека законодавства, попут Директиве, не дају изричит одговор на ово питање (Белгија, Италија, Француска). Уговорни карактер гаранција има у немачком и енглеском праву. Према немачком праву, за настанак комерцијалне гаранције неопходно је закључење уговора, али пристанак потрошача није обавезан. Потрошач прихвата гаранцију куповином робе. Слично је и у енглеском праву. Продавац или произвођач упућује понуду, а потрошач је прихвата, мада се прихватање робе сматра прихватањем понуде, па овај услов нема већи практични значај. У Естонији и Холандији гаранција је дефинисана као једнострано обавезујући уговор између уговорних страна.¹² Аустријско право пример је мешовитог схватања. Аустријско право разликује прави уговор о гаранцији и обећање гаранције у оквиру уговора о продаји. Прави уговор о гаранцији је једнострано обавезујући уговор, који обавезује само даваоца гаранције, који је учинио обећање. Пошто је то уговор, потребан је пристанак друге стране,

10 A. Wiewiorowska-Domagalska, 150.

11 Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees *Official Journal* L 171, 07/07/1999 P. 0012 – 0016).

12 A. Wiewiorowska-Domagalska, 146.

који се може учинити простим давањем картице о гаранцији (гарантног листа) потрошачу. Обећање гаранције је део главног уговора којим се потрошачу могу само дати нова права у односу на законска. Нема засебног правног односа, пошто та гаранција обавезује само уговорне стране.¹³

III Однос између законског режима о одговорности трговца за несаобразност и гаранције

Постоји значајна несразмера између распрострањености гаранција у пракси и (не)знања потрошача о правним и практичним аспектима гаранција које добијају, са једне стране, и степена законодавног регулисања овог питања и подршке од државних институција и институција ЕУ, са друге стране. Потрошачка гаранција данас је правна конструкција која је стекла велику популарност у потрошачким трансакцијама. Поред тога, она више не прати само уговор о продаји, већ се појављује и као појединачна, одвојена услуга. Сваки потрошач мисли да зна шта је гаранција, али, у пракси то је далеко од реалности. Основни проблем је тај што потрошачи не праве разлику између својих законских права, односно императивних правила о саобразности робе и допунских правила о гаранцијама.¹⁴ Трговци то, пак, желе да искористе, па често не желе да појасне потрошачима шта заправо представља гаранција, па исту користе за ублажавање или чак и потпуно искључивање своје законске одговорности. Типични примери су: краћи период одговорности, искључење одређених врста недостатака на роби, за које је према мишљењу потрошача искључена одговорност трговца и замењена гаранцијом произвођача, и сл.

Однос законског режима одговорности трговца за несаобразност робе и гаранције представља једно од фундаменталних питања у области гаранција. Међуповезаност увек постоји, како правно тако и фактички, пошто је (и) гаранција условљена претходним постојањем уговора о продаји. Линија раздвајања између два режима није увек евидентна. Таква нејасна веза представља један од највећих проблема који стварају гаранције у потрошачком контексту. Успостављање те везе би највише користио потрошачима који би знали која су њихова законска права, па би могли да процене шта им доноси гаранција. Међутим, ни правна теорија

13 Sussane Augenhofner, „Public Statements by Producers, Commercial Guarantees, and the Rights of Redress in Austrian Law after the Transposition of Directive 99/44“, *European Perspectives on Producers' Liability for Non-Conformity and the Sellers' Right of Redress* (eds. M. Ebers, A. Janssen, O Meyer), Selier European Law Publishers, 2009, 179.

14 M. Tenreiro, 81.

ни судска пракса нису успели да објасне везу између два режима и да их разграниче. Зелени папир уочава два принципа на којима тај однос може да почива: принцип комплементарности, који подразумева право потрошача да захтева заштиту истовремено по основу оба режима како би добио пуну накнаду (нпр. да захтева поправку производа на основу гаранције и накнаду штете на основу законског режима); и принцип супсидијарности – који подразумева да потрошач најпре користи своја права по основу гаранције, а на законски режим може да се позове тек ако не добије заштиту по основу гаранције.¹⁵

У законодавству ово питање може бити решено на два начина: може бити предвиђено паралелно постојање два режима, што би потрошачу дало право избора између тих режима или законодавац може изричито дати приоритет једном од ова два режима. Паралелно постојање два режима представља типичну ситуацију. Међутим, свакако се јављају бројна теоријска и практична питања, на пример, да ли је избор режима потпуно неограничен, да ли се избор може променити, а ако може, до ког тренутка се то може учинити и сл.¹⁶ Срж проблема је да потрошач буде омогућен да истражи и искористи све могућности и једног и другог режима, али да са друге стране не може да злоупотреби своја права и исти проблем решава два пута (нпр. поправка по основу гаранције је успешна, а онда тражи снижење цене на основу законског режима, што није могуће ако нема координације између произвођача и продавца).

IV Добровољне и обавезне гаранције

Зависно од тога да ли гаранција настаје вољом даваоца гаранције или је наметнута законом разликују се добровољне и обавезне гаранције.

Добровољна гаранција је избор европског законодавца. Постојала је у неким европским земљама и пре доношења Директиве 1999/44/ЕЗ, а сада постоји у свим државама чланицама након њене имплементације. Иако добровољна гаранција подразумева заснованост на концепту аутономије и зависи од воље трговца да ли ће је понудити, и код ове врсте гаранције законодавац може интервенисати на неколико начина: утврђивањем садржине гаранције, наметањем дужности даваоцу гаранције у погледу поступка нуђења гаранције или форме у којој гаранција мора постојати.¹⁷ Ако законодавац не интервенише ни на који начин и остави

15 Green Paper on Guarantees for Consumer goods and After-Sale services, COM (93) 509 final, 92.

16 A. Wiewiorowska-Domagalska, 158.

17 A. Wiewiorowska-Domagalska, 133.

потпуну слободу даваоцу гаранције да одреди садржину, форму и услове гаранције, онда једино ограничење представљају општа правила уговорног права. Интервенција може бити умерена или изражена.¹⁸ Умерена интервенција може бити двојака: може утицати на садржину гаранције или не. Пример неутицања на садржину је Директива 1999/44/ЕЗ, која, пак, има неке захтеве у погледу транспарентности. Утицај на садржину се може остварити на два начина. Прво, прописивањем минималног садржаја гаранције, тј. обавезивањем даваоца гаранције да не може понудити потрошачу мање од онога што је прописано законом (пример оваквог решења су скандинавске земље). Други начин је успостављање диспозитивних правила, која би се примењивала само ако давалац гаранције у потпуности не одреди њен садржај или само за поједине делове гаранције.¹⁹ Ову опцију следи Пољски грађански законик (чл. 577): ако је купац примио гарантни лист у вези са квалитетом продате робе, у случају сумње, прописује се диспозитивна обавеза даваоца гаранције да уклони физичке недостатке или да испоручи робу без недостатака, ако се недостатак манифестовао у року одређеном гаранцијом (правило је сада непримењиво у области потрошачке продаје, због постојања Директиве 1999/44/ЕЗ). Изражену интервенцију карактерише одређивање садржине гаранције законом, и у тим случајевима су само незнатне разлике у односу на систем обавезних гаранција.

У систему у којем постоје обавезне гаранције постоје два паралелна режима одговорности за продату робу: режим одговорности створен искључиво за уговор о продаји, који се у већини случајева примењује на крајњег продавца (правила о саобразности из Директиве) и систем обавезних гаранција, који се односи на лице одређено законским правилима (обично продавац, произвођач, увозник) који је одговоран за одређени квалитет одређене категорије робе. Листа робе која ужива посебну заштиту може бити одређена или генерално (нпр. нова роба широке потрошње, као у Грчкој) или је специфично, прецизно одређена. Тренутно обавезна гаранција постоји у Словенији (где постоји врло широка листа робе која може бити продата само уз обавезну гаранцију о исправном функционисању, која у принципу траје годину дана), Мађарској,²⁰ Шпанији²¹ и Грчкој.

18 A. Wiewiorowska-Domagalska, 134.

19 *Ibid.*

20 J. Fazekas, G. Sos, „The Implementation of the Directive 199/44 into Hungarian Law and the Legal Institution of the Direct Producers’ Liability“, *European Perspectives on Producers’ Liability for*

V Потрошачка гаранција у праву ЕУ

1. Развој правног регулисања потрошачких гаранција у ЕУ

Развој правног регулисања потрошачких гаранција на нивоу ЕУ може се поделити у две фазе: на период пре доношења Директиве 1999/44/ЕЗ и на период након њеног доношења. У почетку гаранције су на нивоу ЕУ посматране са аспекта заштите конкуренције. Гаранција је виђена искључиво као средство којим је, са једне стране, компанија која је користи остваривала компетитивну предност на тржишту, а са друге стране и као опасност од поделе заједничког тржишта које је тада било у настајању. Овакав приступ је био присутан од 70-их до 90-их година прошлог века. Иако је и у првом периоду развоја значај гаранција наглашаван у неколико прилика, оне никада нису биле предмет разматрања као самостално питање, већ увек кроз перспективу неког ширег питања. Питање гаранција појавило се приликом прва два програма ЕУ (из 1975. и 1981.) о политици заштите и информисања потрошача. Програм из 1975. подвлачи да је потрошач „овлашћен“ на задовољавајућу пост-продајну услугу у вези са робом.²² Овај програм даје приоритет борби против непоштене пословне праксе у области услова гаранција, пре свега за робу широке потрошње, и хармонизацији правила о одговорности произвођача. Други програм наглашава потребу заштите економских интереса потрошача од производа са недостатком и потребу постојања одговарајућих пост-продајних услуга.²³

Први покушај уређивања питања потрошачких гаранција са аспекта потрошачког права догодио се 1993. године, када је Европска комисија објавила Зелени папир о гаранцијама за потрошачку робу и пост-продајне услуге. Овај документ садржао је детаљну анализу гаранција на националном и европском нивоу и изнео је и више него амбициозан предлог законодавног регулисања на нивоу ЕУ. Идеје презентоване у Зеленом папиру постале су део Директиве 1999/44/ЕЗ, али иницијални предлози из Зеленог папира су значајно ограничени. Зелени папир је имао неколико циљева: анализа постојеће ситуације на националном ни-

Non-Conformity and the Sellers' Right of Redress (eds. M. Ebers, A. Janssen, O Meyer), Selier European Law Publishers, 2009, 359.

21 J. Lete, „The Impact on Spanish Contract Law of the EC Directive on the Sale of Consumer goods and Associated Guarantees“, *European Review of Contract Law*, бр. 1/2009, 333.

22 Council Resolution on a preliminary programme for a Community consumer protection and information policy of April 14, *OJ* 1975 C92/1.

23 Council Resolution of May 19, *OJ* 1981 C 133/1.

воу, уочавање проблема са којима се сусрећу потрошачи и трговци, нарцрт посебних решења на нивоу ЕУ.²⁴ Зеленим папиром уочени су различити проблеми: постојање непоштене пословне праксе у вези са гаранцијама (нпр., неистинито представљање гаранција), њихова примена, правна природа гаранције и њена веза са законским правилима о несаобразности, рекламирање у погледу гаранција, неадекватне информације које се пружају потрошачима, проблем функционисања комерцијалних гаранција у контексту јединственог тржишта, итд. Постоји неколико принципа на којима Зелени папир почива: стварање императивних правила која се односе на правни статус гаранција и одређене елементе који морају бити присутни у документу који представља гаранцију, стварање допунских правила која би се односила на конкретну гаранцију у случају да постоје празнине у документима, успостављање принципа да се рекламирање гаранција сматра делом гаранције и да је обавезујуће према индивидуалном потрошачу. Основни принцип је добровољност гаранција.²⁵

Зелени папир доноси и идеју установљавања тзв. Еврогаранције. Трговци који желе да се њихова гаранција сматра европском морају да задовоље два услова: прво, примена стандардних услова гаранције у свим државама чланицама за исту врсте робе истог брeнда; друго, реална могућност примене гаранције у свим државама чланицама, без обзира где је роба купљена, али без обавезе да се робом тргује у свим државама. Уз то, постојала би специфична ознака која би се користила са еврогаранцију, и забранила би се употреба других сличних назива, као што су европска гаранција, ЕУ гаранција, и сл.²⁶

У периоду након доношења Директиве 1999/44/ЕЗ, Европска комисија је 2007. године објавила Зелени папир о ревизији потрошачког *acquis*-а, који је садржао бројна питања у вези са гаранцијама.²⁷ Исти је случај и са Принципима европског права продаје које је припремила Студијска група за Европски грађански законик, који су достављени Европској комисији крајем 2007. Зелени папир о потрошачком *acquis*-у посвећује пажњу питањима садржаја и преносивости гаранције, као и проблему гаранција за специфичне, посебне делове. У погледу садржаја поставило се питање постојања диспозитивних правила у будућем хоризонталном ин-

24 Green Paper on Guarantees for Consumer goods and After-Sale services, COM (93) 509 final, 5-6.

25 *Ibid*, 15.

26 *Ibid*, 102.

27 Commission Green Paper on the Review of the Consumer Acquis of 8 February 2007, COM (2006) 744 final.

струменту која би се примењивала само када гаранција не садржи информације о садржају.²⁸ 2008. године објављен је Нацрт Директиве о правима потрошача,²⁹ који је садржао правила слична онима из Директиве о потрошачким продајама, а на крају завршна верзија ове Директиве, пак, није садржала никаква правила о потрошачким гаранцијама. Предлог Уредбе о заједничком европском праву продаје садржи само дефиницију гаранције и обавезу обавештавања о постојању и условима комерцијалне гаранције приликом закључивања уговора изван пословних просторија, уговора на даљину или других уговора.

2. Подручје примене Директиве 1999/44/ЕЗ

Директива 1999/44/ЕЗ (чл. 6) представља први покушај ЕУ да свеобухватно регулише потрошачке гаранције. Иако Директива 1999/44/ЕЗ није регулисала бројна питања, њен највећи значај је у томе што је коначно препознат значај гаранција на европском нивоу. Директива 1999/44/ЕЗ је заснована на две основне претпоставке. Једна се тиче функција гаранције, а друга опасности које гаранција може представљати по потрошаче. Функција гаранције у Директиви 1999/44/ЕЗ је и више него поједностављена. На њу се гледа (само) као на маркетиншко и компетитивно средство. Друга претпоставка је да адекватно информисање спречава обману потрошача гаранцијом. Директива 1999/44/ЕЗ је скоро у потпуности посвећена обезбеђивању информација за потрошача: њиховом обиму, форми и начину презентације.³⁰ Следствено томе, главни циљ Директиве 1999/44/ЕЗ је обезбеђивање спречавања обмане потрошача. Иако изричито говори о необмањивању потрошача, има и других циљева који се могу уочити: омогућавање потрошачу да донесе информисану одлуку, могућност ефикасног остваривања права, осигуравање ефикасности гаранција.

Подручје примене Директиве 1999/44/ЕЗ ограничено је одредбом којом се из њега искључује гаранција за коју је плаћена посебна цена (чл. 2(е)). Чини се да је Директива 1999/44/ЕЗ хтела да направи јасну разлику између комерцијалне гаранције и пост-продајних услуга. Ову разлику у пракси није лако направити. Уговор о пружању пост-продајних услуга је самосталан уговор који има за циљ одржавање вредности робе и пружање услуге одржавања, неvezано за постојање било каквог недостатка, као

28 *Ibid*, 30-31.

29 Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Brussels, 8.10.2008, COM (2008), 614/3.

30 Преамбула Директиве 1999/44/ЕЗ, Рецитал 21.

и обезбеђивање потрошача од губитка (када постоји недостатак). Постоји схватање да је плаћање посебне цене елемент који разликује гаранцију од уговора о пост-продајним услугама, пошто је, по правилу, гаранција бесплатна, а за пост-продајне услуге се плаћа посебна цена.³¹ Овакво схватање прихваћено је и у Директиви 1999/44/ЕЗ. Теоријски посматрано, гаранција представља интегрални део главног уговора и потрошачи за њу заиста не би требало да плаћају посебну накнаду. Међутим, гаранција практично никада није заиста бесплатна. Потрошачи најчешће кроз продајну цену робе плаћају и гаранцију, пошто трговци у ту цену укалкулишу и трошкове гаранције. Оваквим ограниченим подручјем примене Директиве 1999/44/ЕЗ се из примене искључују све продужене гаранције и осигуравајуће полисе за које се плаћа посебна накнада. Такође, омогућава се даваоцу гаранције да искључи примену Директиве 1999/44/ЕЗ простом наплатом гаранције за свега 1 евро.³² Ипак, неке државе чланице ЕУ прихватају другачије решење и проширују домашај примене свог националног законодавства и на плаћене гаранције (Аустрија – чл. 96 Закона о заштити потрошача, Холандија – чл. 7:6а Грађанског законика, Чешка – чл. 598 и 620(5) Грађанског законика).

У вези са подручјем примене поставља се питање да ли се Директива 1999/44/ЕЗ примењује на случајеве у којима се не плаћа сама гаранција већ њено одржавање. На пример, гаранција је условљена годишњим одржавањем производа, које се плаћа. Није најјасније да ли се Директива 1999/44/ЕЗ примењује на ове ситуације. Узимајући у обзир члан 3 став 2, којим је изричито регулисано да се замена и поправка спроводе бесплатно, може се *a contrario* закључити да оваква врста накнаде није забрањена код гаранције. Ипак, узимајући у обзир дух Директиве 1999/44/ЕЗ и идеје које она заступа, чини се да је интенција изузимање од примене свих облика плаћених гаранција.³³ Екстреман случај би биле гаранције које су бесплатне, али које се морају платити ако настане потреба за заменом или поправком. На овакве врсте гаранције би свакако требало да се примењују одредбе Директиве 1999/44/ЕЗ.

31 Christian Twigg-Flessner, „The E.C. Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer goods and Associated Guarantees“, *Consumer Law Journal*, 1999, 182.

32 A. Wiewiorowska-Domagalska, 72.

33 A. Wiewiorowska-Domagalska, 73.

3. Садржина гаранције према Директиви 1999/44/ЕЗ

Одредбе Директиве 1999/44/ЕЗ о садржају гаранције су веома скромне. Давалац гаранције је, тако, слободан не само да понуди гаранцију, већ и да одреди њен садржај, уз нека ограничења која су, опет, доста флексибилна. У правној теорији прихваћен је широк појам садржине гаранције. Она обухвата саму гаранцију, односно обећање, правна средства у случају неиспуњења обећања и друге битне услове гаранције.³⁴

На основу текста Директиве 1999/44/ЕЗ закључује се да три различите категорије правно релевантних елемената формирају овај појам: спецификације у вези робе, услове под којима је гаранција понуђена и правна средства поводом гаранције.³⁵ Садржина гаранције се формира не само на основу изјаве о гаранцији, већ и на основу исказа датих у рекламном оглашавању, који представљају интегрални део гаранције. Са тим у вези поставља се питање шта ако су изјава о гаранцији и реклама противречни. Према једном мишљењу, изјава о гаранцији може исправити рекламу и тада се примењује чл. 2 ст. 4. Директиве 1999/44/ЕЗ.³⁶ Друго схватање предлаже примену исказа који је повољнији за потрошача, а у складу са правилима о тумачењу установљеним у Директиви о неправичним уговорним одредбама.³⁷

Спецификација је опис робе од стране даваоца гаранције. Она обухвата гарантована својства робе, техничке карактеристике робе, квалитет материјала коришћен у производњи, указивање на недостатке покривене гаранцијом, и сл.

Услови гаранције, у ужем смислу, односе се на услове под којима је гаранција понуђена потрошачу. Постоје формални и материјални услови.³⁸ Формални услови су кораци које потрошач треба да предузме пре него што му гаранција постане доступна. Материјални услови су они који

34 Christian Twigg-Flessner, *Consumer Product Guarantees*, Ashgate, 2003, 163.

35 Већина држава чланица је имплементирала одредбу о садржини гаранције без измена (Аустрија, Белгија, Данска, Енглеска, Шкотска, Естонија, Финска, Француска, Летонија Немачка, Холандија, Словачка и Шведска). У неким системима додати су поједини елементи. Тако у Шпанији гаранција мора да садржи: робу која је предмет гаранције, права потрошача на основу гаранције и методе подношења захтева. У Италији се захтева спецификација робе која је предмет гаранције.

36 P. Malinvaud, „Guarantees“, *EU Sales Directive* (eds. M.C. Bianca, S. Grundmann), Antwerp, Oxford, New York, 2002, 224.

37 C. Twigg-Flessner (2003), 155.

38 R. Bradgate, C. Twigg-Flessner, „Expanding the boundaries of liability for quality defects“, *Journal of Consumer Policy*, бр. 25/2002, 175-176.

се односе на садржину гаранције, трајање, територијално важење гаранције, поступак жалбе, ту спада и изјава да је гаранција валидна и за будуће власнике робе. У ширем смислу, услови се односе на целокупан садржај гаранције, тј. на целокупност обавеза даваоца гаранције према потрошачу.

Правна средства која постоје по основу гаранције видљива су из саме дефиниције гаранције у Директиви 1999/44/ЕЗ (чл. 2(е)): повраћај уплаћеног новца, замена или поправка робе и поступање са робом на други начин, ако она не одговара спецификацији наведеној у изјави о гаранцији или у рекламном оглашавању (те) робе. Иако су правна средства видљива из саме дефиниције гаранције, она се не дефинишу посебно, па се користе дефиниције и концепти присутни у оквиру правила о несаобразности. У том смислу, правила о несаобразности „бацају сенку“ на регулисање гаранција. Правило које регулише правна средства је отворено, флексибилно и има индикативан карактер. Давалац гаранције може користити сва три поменута средства, комбиновати елементе различитих средстава или користити било коју другу конструкцију коју сматра прикладном. Директива 1999/44/ЕЗ не прави хијерархију правних средстава, не одређује ко има право избора, као ни да ли је могуће блокирати избор друге стране. Сва ова питања препуштена су вољи даваоца гаранције, који то самостално одређује гаранцијом. Нема ни диспозитивног правила које би се примењивало ако давалац гаранције не регулише нека од ових питања гаранцијом.

Повраћај цене је правно средство које не постоји у режиму несаобразности. Он има сличности са снижењем цене, као и са раскидом уговора. Са тим у вези, постојање овог правног средства отвара питање да ли враћањем новца гаранција аутоматски престаје да постоји, да ли је самим тим дошло до раскида уговора и да ли је купац дужан да врати робу.³⁹ Замена и поправка су правна средства која постоје и у режиму несаобразности.

Поједине државе чланице имају различит приступ по питању правних средстава. Белгија, Данска, Енглеска, Шкотска, Финска, Француска, Немачка, Шпанија, Пољска имају исти приступ као Директива 1999/44/ЕЗ, па само понављају формулацију која постоји у Директиви 1999/44/ЕЗ. У Естонији постоји претпоставка да, осим ако сама гаранција (документ) не упућује на нешто друго, гаранција даје право потрошачу да

39 A. Wiewiorowska-Domagalska, 86-87.

бесплатно захтева замену или поправку робе, ако је било који недостатак уочен током трајања гарантног периода (чл. 231(4) естонског Закона о облигацијама). У Шведској су правна средства на основу гаранције изједначена са правним средствима која постоје у случају несаобразности робе. Чешка и Словачка имају приступ, према коме гаранција установљена уговором или изјавом продавца не може бити ужа од законске гаранције (законских правила о несаобразности), што значи да ће купац имати на располагању барем правна средства која постоје у случају несаобразности.⁴⁰

Два питања нису регулисана Директивом 1999/44/ЕЗ, а веома су значајна за садржину гаранције. То су питања тзв. додатних права која се стичу гаранцијом и диспозитивног садржаја гаранције.

Предлог Директиве 1999/44/ЕЗ дефинисао је гаранцију као додатну обавезу трговца, дакле као обавезу која представља „нешто више“ у односу на законска права потрошача по основу несаобразности робе. Овакво решење сматрано је корисним у циљу спречавања обмана потрошача и промовисања поштене пословне праксе трговаца. Ипак, из завршне верзије оно је уклоњено без детаљнијих објашњења. Већина држава чланица прихвата систем установљен Директивом 1999/44/ЕЗ и не захтева да гаранција представља додатак законским правима. Има и изузетака. Норвешка (чл. 9ц Закона о рекламирању) и Естонија (чл. 10. Закона о заштити потрошача) забрањују употребу речи „гаранција“ или неког сличног израза у потрошачкој продаји приликом продаје роба, пружања услуга итд. у редовном току пословања, ако тиме потрошачу нису дата већа права у односу на она која већ има или су постојећа законска права ограничена. Данска чак иде и корак даље, јер термин „гаранција“ може бити коришћен у потрошачком контексту једино ако се њоме потрошачу пружају суштински већа права у поређењу са његовим законским правима (чл. 4. данског Закона о оглашавању).⁴¹

Можда и највећи недостатак Директиве 1999/44/ЕЗ је тај што не нуди практичну помоћ потрошачу ако давалац гаранције пропусти да детаљније одреди одређене аспекте гаранције. У најекстремнијим случајевима може се поставити питање да ли гаранција уопште постоји, с обзиром на то да давалац гаранције није одредио неке важне делове њене садржине. Овај проблем остаје у потпуности препуштен националним

40 A. Wiewiorowska-Domagalska, стр. 94.

41 Hans Schulte Nolke, Christian Twigg Flessner, Martin Ebers, *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, Brussels, 2007, 446.

правним системима. Зелени папир о гаранцијама за потрошачку робу и пост-продајне услуге је препознао овај проблем као један од највећих у вези са гаранцијама. Тај проблем је дефинисан као недостатак општег правног оквира који би се примењивао на комерцијалне гаранције.⁴² У правној теорији постоје два схватања по питању оправданости непостојања диспозитивних правних правила о садржини гаранције. Према једном, ово је добар приступ, јер се њиме потврђује конкурентски оријентисан приступ Директиве 1999/44/ЕЗ,⁴³ а према другом, на овај начин Директива 1999/44/ЕЗ губи сваку практичну вредност.⁴⁴ Неке државе чланице пружају одређене путоказе за диспозитивни садржај гаранције. Тако на пример, у Грчкој гаранција мора бити у складу са принципом савесности и поштења и не сме бити лишена значаја увођењем широких изузимајућих клаузула, односно широких одредаба којим се искључује њена примена. Према холандском праву, ако давалац гаранције пропусти да одреди који недостаци су покривени гаранцијом, „конструкција“ уговора о гаранцији ће одредити њен садржај и опсег примене. Конструкција гаранције значи да ће садржина бити одређена на основу разумних очекивања уговорних страна, узимајућу у обзир између осталог друштвене кругове којима странке припадају и знање права које се од њих може чекивати.⁴⁵

Директива 1999/44/ЕЗ се бави и начином на који ће садржина гаранције бити презентована потрошачу. То мора бити учињено једноставним и разумљивим језиком, а ради се о формулацији која је инспирисана одредбама Директиве о неправичним уговорним одредбама.⁴⁶ Директива 1999/44/ЕЗ се, пак, не бави питањима техничке стране презентације, као што су фонт, величина слова итд. (нпр. у италијанском праву величина слова на италијанском језику не сме бити мања од величине слова на неком страном језику).

42 Green Paper on Guarantees for Consumer goods and After-Sale services, COM (93) 509 final, стр. 79.

43 C. Twigg Flessner (2003), 201.

44 H. Beale, G. Howells, „EC Harmonization of Consumer Sales Law – A missed opportunity“, *Journal of Contract Law*, бр. 12/1997, 39.

45 A. Wiewiorowska-Domagalska, 119-120.

46 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *Official Journal L 095*, 21/04/1993 P. 0029–0034.

VI Имплементација Директиве 1999/44/ЕЗ у српско право

Законом о заштити потрошача Републике Србије из 2010 године, у српско право имплементирана је Директива 1999/44/ЕЗ (исто и у закону из 2014. године). Тако је постојећем систему заштите купаца (Закон о облигационим односима) додат још и „европски“ систем заштите потрошача (подручје примене Директиве 1999/44/ЕЗ чине тзв. саобразност уговору и права потрошача у случају несаобразности и тзв. добровољна гаранција).

Закон о заштити потрошача⁴⁷ дефинише (добровољну) гаранцију као сваку изјаву којом њен давалац даје обећање у вези са робом, и правно је обавезујућа под условима датим у изјави, као и оглашавању у вези са том робом (чл. 54. ст. 1). Ставом 2. чл. 54. одређује се појам, форма, садржина гарантног листа. Гарантни лист је исправа у писаном или електронском облику, односно на другом трајном носачу записа, која садржи све податке из гаранције, наведене на јасан и читљив начин, лако разумљивим језиком, а нарочито податке о: 1) правима која потрошач има на основу овог закона и да гаранција не искључује нити утиче на права потрошача која произилазе из законске одговорности продавца за несаобразност робе уговору; 2) називу и адреси даваоца гаранције; 3) називу и адреси продавца ако он није истовремено и давалац гаранције; 4) датуму предаје робе потрошачу; 5) податке који идентификују робу (модел, тип, серијски број и сл.); 6) садржини гаранције, условима и поступку остваривања права из гаранције; 7) трајању гарантног рока и просторном важењу гаранције. У српском праву остварена је и кључна обавеза на којој се заснива гаранцијско уређење Директиве 1999/44/ЕЗ а то је захтев за „опоменом“ на законска права односно за јасним и једноставним разграничењем између законских права и права из (добровољне) гаранције. У чл. 54. ст. 6. речено је – гаранција не искључује нити утиче на права потрошача у вези са саобразношћу робе уговору. Ту „функцију“ има и чл. 55. Закона о заштити потрошача – при закључењу уговора о продаји робе и оглашавању поводом продаје, трговац је дужан да се уздржи од употребе израза „гаранција“ и израза с тим значењем, ако по основу уговора о продаји потрошач не стиче више права него из законске одговорности трговца за несаобразност робе уговору, односно других права у складу са овим законом.

47 Сл. гласник РС, бр. 62/2014.

Dragan VUJISIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

CONSUMERS CONTRACTS AND GUARANTEE FOR PROPER FUNCTIONING OF SOLD GOODS

Summary

Traders' guarantee for proper functioning of sold goods in EU law is subject of Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees from 1999. However, the Directive does not regulate this area entirely, but includes only its certain aspects, while others are left to Member States, such as the content of a guarantee. In the Serbian law, pursuant to the Agreement on Stabilization and Association between European Communities and their member states, and Republic of Serbia from 2008, and arising obligation of harmonization of Serbian legislation with the EU acquis, the Directive was implemented in the Serbian Consumer Protection Act. Besides review of the so called voluntary consumer guarantee in the EU law, national legislations of the EU member states, and in the Serbian Consumer Protection Act, the paper analyzes the issues of the notion, terminology, characteristics, functions of a guarantee, relation between legal regime of traders' liability for non-conformity and voluntary guarantee, as well as the legal nature of the so called consumer guarantee.

Key words: consumer, trader, goods, sale, guarantee

Др *Катарина ЈОВИЧИЋ*

научни сарадник Института за упоредно право у Београду

ПРАВО ПОТРОШАЧА ДА ОДУСТАНЕ ОД УГОВОРА

Резиме

Одустанак од уговора је ексклузивно право потрошача код уговора закључених на даљину или ван пословних просторија трговца, које има за циљ да потрошачима обезбеди додатну заштиту, јер те технике закључења уговора за њих носе посебне ризике. Ти ризици су највише изражени у околности да они тако често купују без личног увида у својства и квалитет робе или услуге, више су изложени психолошком притиску продавца или притиску времена и нису у прилици да провере понуду конкуренције. То ствара одређени информациони дефицит код потрошача, који услед тога не располажу са довољно елемената да доносе рационалне одлуке о куповини. Право на одустанак од уговора не може се вршити на штету трговца, већ се остварује у складу са ограничењима и под условима предвиђеним Законом о заштити потрошача. Иако је очигледно у интересу потрошача, оно истовремено користи и трговцима који, допуштајући потрошачима да се накнадно предомисле, привлаче више купаца и повећавају свој промет.

Кључне речи: *право на одустанак од уговора, раскид уговора, уговор закључен на даљину, уговор закључен ван пословних просторија трговца.*

І Увод

Право да се одустане од уговора је карактеристично за потрошачке уговоре. Признаје се само потрошачу, али ни њему не увек већ под условом да је уговор закључио на даљину или ван пословних просторија трговца. На тај начин му се пружа додатна заштита у тим ситуацијама, јер наведене технике закључења уговора за њега носе повећан ризик да не буде задовољан купљеном робом или услугом, а да томе није узрок неки његов пропуст.

Када тако купује робу или услугу потрошач тада, по правилу, нема прилику да се пре закључења уговора увери у њихов квалитет или својства, што је посебно карактеристично за уговоре који се закључују уз употребу неког средства даљинске комуникације,¹ док код уговора закључених ван пословних просторија² он често одлучује о куповини под психолошким притиском продавца, или под притиском времена. Потрошачи, упркос томе, закључују ове уговоре, јер тако остварују бројне погодности, међу којима је, без сумње, од највећег значаја околност да могу да купују са било ког места, па и из сопственог дома, без временског ограничења и без потребе да због тога одлазе у пословне просторије продавца. За њих се на тај начин отварају и нова тржишта, што све битно увећава понуду и појефтиније је.

II Садржина и начин реализације

Право потрошача да одустане од уговора закључених на даљину или ван пословних просторија је у нашем праву регулисано Законом о заштити потрошача,³ који је у односу на то питање усклађен са правилима Директиве 2011/83/ЕУ.⁴ Ова директива, која се применује од 3. јуна 2014. године, обезбе-

-
- 1 Према чл. 5, ст. 1, тач. 8. Закона о заштити потрошача – ЗЗП, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, „уговор на даљину“ подразумева уговор који се закључује у оквиру организоване продаје или пружања услуга на даљину без истовременог физичког присуства трговца и потрошача, искључиво уз употребу једног или више средстава даљинске комуникације до тренутка закључења уговора, укључујући и сам тренутак закључења. То су, на пример, уговори који се закључују преко Интернета, путем телефона, продаја путем каталога, ТВ продаја и др. Уговор на даљину, поред тога, мора бити закључен на основу организованог система продаје или пружања услуга на даљину, тј. само ако трговац има тако организован систем продаје. Вид. Катарина Јовичић, „Специфичности заштите потрошача код уговора закључених на даљину и ван пословних просторија трговца“, *Страни правни живот*, бр. 1/2016, 62-65.
 - 2 Уговор закључен ван пословних просторија продавца одређује чл. 5, ст. 1, тач. 11. ЗЗП, која предвиђа да је то уговор за који је потрошач дао понуду или који је закључен тако што су трговац и потрошач истовремено физички присутни на истом месту, али то место није пословна просторија трговца, на пример, уговори закључени у дому потрошача или на његовом радном месту и др. То су и уговори закључени у пословним просторијама трговца или путем средства комуникације на даљину под условом да су преговори о њиховом закључењу вођени изван тих просторија и уз истовремено физичко присуство трговца и потрошача. И на крају, уговори који се закључе током екскурзија или путовања које организује трговац са циљем промовисања и продаје робе или услуга потрошачу, односно, на коме се обави промовисање и продаја робе или услуга се сматра, такође, уговором закљученим ван пословних просторија. *Ibidem*.
 - 3 ЗЗП, чл. 28 и даље.
 - 4 Директива Европског парламента и Савета 2011/83/ЕУ о правима потрошача, измени Директиве Савета 93/13/ЕЕЗ и Директиве 1999/44/ЕЗ Европског парламента и Савета те о стављању ван снаге Директиве Савета 85/577/ЕЕЗ и Директиве 97/7/ЕЗ Европског парламента и Савета, „Службени лист ЕУ“ бр. Л 304/64.

дила је да сви потрошачи користе право да под истим условима одустану од уговора, независно од тога у којој држави чланици су купили робу или услугу на основу уговора закљученог на даљину или ван пословних просторија.⁵

Садржину наведеног права потрошача чини његово овлашћење да једностраном изјавом воље раскине већ закључени, па и извршени уговор. Другим речима, он има преображајно право да изјавом којом одустаје од уговора учини да се уговорни однос раскине.⁶

Закон не поставља неке посебне захтеве у погледу садржине изјаве којом он то чини, те је неопходно само да она буде недвосмислена како би трговац без дилеме могао да закључи шта потрошач заправо жели: да ли да одустане од уговора, или да уложи рекламацију, или само изражава своје незадовољство примљеном робом или услугом.⁷ Потрошач није дужан да у изјави о одустанку од уговора наведе разлоге своје одлуке, јер он и не раскида уговор због тога што га трговац није извршио. Напротив, он то право има чак и када га је продавац уредно испунио.

Изјава о одустанку од уговора не мора бити дата у некој посебној форми, јер је Закон не захтева. Ово не доводе у питање ни правила чл. 30, ст. 1, тач. 1. и чл. 31, ст. 2, тач. 1. ЗЗП, по којима је трговац дужан да, код уговора закључених на даљину или ван пословних просторија, обавести потрошача о томе да може да одустане од уговора у предвиђеном року, као и да му приликом закључивања уговора, а најкасније приликом испоруке, достави образац за одустанак од уговора.⁸ Употреба тог обрасца, на-

5 Принцип минималне хармонизације, који је важио до усвајања ове Директиве, предвиђа да државе чланице могу да потрошачима пруже и виши ниво заштите, био је неопходан да би оне уопште пристале да у области грађанског права регулишу прописе на нивоу Европске уније. Тај је принцип, међутим, временом довео до значајних разлика у националном регулисању права потрошача да одустане од уговора, што није погодно правој сигурности. Да би се тај проблем превазишао, Директива 2011/83/EУ предвиђа принцип максималне хармонизације и у чл. 4. предвиђа да државе чланице не смеју задржати постојеће нити доносити нове прописе којима одступају од правила Директиве, сем у случају када је Директивом то изричито допуштено. Вид. Златан Мешкић, „Директива 2011/83/EУ о правима потрошача од 25. октобра 2011. године, Сл. лист ЕУ 2011, Л 304/64“, *Нова правна ревија - часопис за домаће, њемачко и европско право*, бр. 1/2012, 44.

6 Вид. ЗЗП, чл. 28, ст. 2. Раскид уговор на основу изјаве је опште правило у нашем уговорном праву (ЗОО, чл. 124.).

7 Тако, на пример, када потрошач у предвиђеном року за одустанак од уговора обавести продавца да је очекивао бољи производ, тада трговац не може са сигурношћу да закључи да ли он истовремено користи и право да одустане од уговора, или не.

8 Облик и садржину обрасца за одустанак од уговора прописује ресорни министар и тај образац, поред основних података о трговцу и потрошачу, те о датуму закључења уговора о продаји и дану пријема робе, садржи и изричиту изјаву купца да одустаје од уговора. Вид. Правилник о облику и

име, није услов пуноважности изјаве потрошача, због чега се она не може довести у питање и ако је дата у било ком другом облику, укључујући и конклюдентном радњом, нпр. враћањем робе продавцу.

Закон допушта да се изјава о одустанку од уговора саопшти трговцу у електронској форми, али само под условом да је он омогућио потрошачу да електронски попуни и достави тај образац.⁹ Када је то случај, тада је трговац дужан да о пријему попуњеног обрасца за одустанак од уговора без одлагања обавести потрошача, и то у писаној форми или на другом трајном носачу записа.¹⁰ Ипак, ако он то не учини онда потрошач не може због тога да сноси негативне последице.

Раскид уговора је правно средство које на најтежи начин погађа један уговор. У ситуацији када потрошач то чини користећи право да одустане од уговора, тада он битно утиче на положај трговца, укључујући и оног савесног, због чега су правила која регулишу то право конципирана тако да се његова злоупотреба сведе на што је могуће мању меру. Тако се остварење права на одустанак од уговора временски ограничава, а поред тога оно се условљава и могућношћу потрошача да трговцу врати оно што је примио на име извршења уговора.

III Рокови за употребу права на одустанак од уговора

Потрошач који жели да одустане од уговора може то да учини у року од 14 дана.¹¹ Дужина трајања овог рока опредељена је као компромис између два, међусобно супротстављена захтева: први је да он буде довољно дугачак како би потрошач могао да слободно и без временског притиска преиспита да ли му одговара уговор који је закључио или не,¹² и други, који је у

садржини обрасца за одустанак од уговора на даљину или уговора који се закључује изван пословних просторија, *Службени гласник РС*, бр. 21/2015, чл. 2.

- 9 ЗЗП, чл. 28, ст. 5. Ово зато што трговци нису дужни да обезбеде комуникацију са потрошачима и у електронској форми, већ је то могућност коју они користе по слободном избору.
- 10 ЗЗП не дефинише појам трајни носач записа, али га одређује Директива 2011/83/ЕУ у тач. 23. Уводне изјаве, у којој се наводи да су то носачи који потрошачу обезбеђују чување информација све док су му оне потребне ради заштите његових интереса који произлазе из односа који има са трговцем, те да би они посебно требало да обухвате папир, УСБ меморије, читаче ЦД-а, ДВД, меморијске картице, чврсте дискове рачунара и електронску пошту.
- 11 ЗЗП, чл. 28, ст. 3. У питању је императивно правило које се уговором не може променити тако да се тај рок одреди у краћем трајању, али нема сметњи да се он продужи договором потрошача и трговца.
- 12 Примарни циљ права потрошача да одустане од уговора није стварање услова за потрошача да закључи уговор под најповољнијим условима, већ да надокнади информациони дефицит те да му се омогући да самостално одлучи о закључењу уговора. Вид. J. Büßer, *Das Widerrufsrecht des*

интересу трговца, је да тај рок буде што краћи с обзиром да трговац не може бити сигуран да ли ће уговор опстати све док он не протекне.

Почетак рачунања рока није одређен на јединствен начин, већ се прави разлика између уговора о продаји услуга, с једне стране, и уговора о продаји робе, с друге, с тим да се посебно прецизира од када се он рачуна за уговоре о продаји робе код којих се испорука не извршава једнократно.

Тако, код уговора о пружању услуга рок се рачуна од дана закључења уговора.¹³ Овде се, међутим, поставља питање шта ако трговац ипак изврши услугу у току његовог трајања, тј. пре него што истекне четрнаести дан од закључења уговора? Закон решава наведену дилему правилом по коме опстанак права потрошача да одустане од уговора у том случају зависи од тога да ли је услуга у потпуности извршена и да ли је трговац то учинио након што се потрошач са тим изричито сагласио и потврдио да му је познато да губи право на одустанак од уговора у том случају,¹⁴ или је њено извршење уследило без тога. Само у другом случају право потрошача да одустане од уговора се не доводи у питање. Он, поред тога, задржава право и да одустане од уговора ако услуга није у целости пружена, у погледу дела услуге који није извршен.

За уговор о продаји, међутим, рок почиње да тече од дана када роба доспе у државину потрошача, или трећег лица које је одредио потрошач.¹⁵ Предаја робе превознику не сматра се као предаја потрошачу и Закон овим правилом отклања евентуалне недоумице у погледу времена предаје робе код уговора којима је предвиђено да се изврши њен превоз.¹⁶

Када се уговор о продаји робе не извршава једнократно, тада се рокови рачунају у складу са посебним правилима. Тако, код уговора који

Verbrauchers – Das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001, 132 (наве. према: Златан Мешкић, „Право потрошача на раскид уговора“, *Начела и вриједности правног система – норма и пракса*, 2012, 180-181).

13 ЗЗП, чл. 29, ст. 1. Дан њеног извршења није погодан с обзиром да се пружена услуга, по правилу, не може вратити трговцу.

14 ЗЗП, чл. 37, ст. 1, тач. 1. Овим чланом су предвиђени и други изузеци од права потрошача да одустане од уговора о извршењу услуга закључених на даљину или ван пословних просторија.

15 ЗЗП, чл. 29, ст. 2.

16 Питање предаје робе код уговора о продаји код којих треба извршити превоз ствари посебно уређује ЗОО (чл. 472), који предвиђа да се предаја, ако уговором није одређено место испуњења, врши уручењем ствари превозиоцу или лицу које организује отпрему. На основу тога се закључује да се предаја код уговора код којих је одређено место испуњења (што је случај и када продавац доставља робу на адресу потрошача) врши предајом робе потрошачу, а не превозиоцу. Сходно томе, правило ЗЗП је у сагласности са правилом ЗОО.

се закључују на основу поруџбенице,¹⁷ а који предвиђају да се више врста робе испоручује засебно, рок се рачуна од дана када последња врста наручене робе доспе у државину потрошача, односно трећег лица које је одредио потрошач, а које није превозник.¹⁸ Исти се принцип примењује и на уговоре о продаји код којих се испорука одређене робе врши у више пошиљки или више делова.¹⁹ Везивање почетка трајања рока за одустанак од уговора за дан последње испоруке је у наведеним случајевима у интересу потрошача зато што он не може пре те, последње испоруке да оцени да ли је роба у складу са његовим очекивањима, јер тек тада добија сву робу, односно целокупан производ који је поручио, па се тек тада стичу услови да он свесно и без временског притиска одлучи о уговору.

Код уговора о продаји који су закључени на неодређено време, а договорено је да се роба испоручује периодично, рок од 14 дана почиње да тече када прва пошиљка робе доспе у државину потрошача, односно трећег лица које је он одредио да прими робу, а које није превозник.²⁰ Ово правило је одговарајуће у наведеној ситуацији, јер не би ни било могуће везати почетак трајања рока за одустанак од уговора за последњу испоруку, зато што није прецизирано када ће се она догодити. Наведено решење није на штету потрошача с обзиром да он већ тада располаже са елементима да свесно и самостално одлучи да ли жели да остане у уговору јер се код ових уговора, по правилу, испоручује иста врста робе. Правило је оправдано и са становишта продавца, коме је у интересу да буде што раније обавештен о томе да ли уговор опстаје или не, како би знао да планира своје будуће активности и како би трошкове у вези са тим уговором свео на најмању меру и тако умањио штету коју би евентуално претрпео ако би потрошач одустао од уговора.

Наведена правила важе само под условом да је трговац уредно обавестио потрошача да може одустати од уговора.²¹ Ако он то пропусти

17 Одређење појма „поруџбеница“ дато је у оквиру чл. 5, ст. 1, тач. 13. ЗЗП, по коме је то порука у писменој или електронској форми, која обавезно садржи уговорне одредбе. Потрошач потписује поруџбеницу изван пословних просторија трговца, са намером да закључи уговор.

18 ЗЗП, чл. 29, ст. 3.

19 ЗЗП, чл. 29, ст. 4.

20 ЗЗП, чл. 29, ст. 5.

21 Обавеза продавца да пре закључења уговора обавести потрошача да има право да одустане од уговора закључених на даљину или ван пословних просторија, као и о року и поступку за остваривање тог права, изричито је предвиђена чланом 27, ст. 1, тач. 4. ЗЗП. Ову законску обавезу продавац извршава тако што потрошачу предаје образац за одустанак од уговора, у

да учини, онда се рок у коме потрошач може да користи ово право продужава за период од 12 месеци, који се рачуна почев од истека четрнаестог дана од дана закључења уговора на даљину или ван пословних просторија.²² Међутим, ако трговац накнадно, али у току трајању тако продуженог рока, ипак достави потрошачу наведена обавештења, онда потрошач може да одустане од уговора у року од 14 дана од дана када је примио та, накнадна обавештења.²³ Он не може у том случају да користи продужени рок у пуном трајању, али рок од 14 дана не може му се ускратити у овој ситуацији јер је то минимум који му гарантује Закон.

За уговоре о пружању финансијских услуга на даљину код којих пружалац услуге није обавестио потрошача о садржини уговора пре, или најкасније истовремено са његовим закључењем, Закон прописује специјално правило по коме се рок за одустанак рачуна од тренутка када потрошач добије то обавештење.²⁴ Ова корекција општег правила је оправдана, јер су уговори о финансијским услугама сложени и редовно обухватају велики број права и обавеза уговорних страна, па се од потрошача не може очекивати да, само на основу тога што је пристао на закључење уговора, а да претходно није могао да оствари и увид у његову коначну садржину, донесе рационалну економску одлуку о томе да ли му уговор одговара.

Једини изузетак од правила да се од уговора може одустати у року од 14 дана односи се на уговор о осигурању живота, под условом да се закључује на даљину. У том случају потрошач има право да од њега одустане у року од 30 дана од његовог закључења.²⁵

Протеком рока од 14 дана, односно продуженог рока ако су испуњени Законом предвиђени услови, потрошач губи право да одустане од уговора.²⁶ Терет доказивања чињенице да је изјаву о одустанку од уговора дао благовремено и уредно је на потрошачу.²⁷ Притом, његова изјава којом он реализује то право производи правно дејство од дана када је послата тргов-

тренутку закључења уговора или најкасније приликом испоруке робе (ЗЗП, чл. 30, ст. 1. и чл. 31, ст. 2.).

22 ЗЗП, чл. 29, ст. 6.

23 ЗЗП, чл. 29, ст. 7.

24 ЗЗП, чл. 29, ст. 9.

25 ЗЗП, чл. 29, ст. 10.

26 Рок за одустанак истиче последњег часа последњег дана рока (ЗЗП, чл. 29, ст. 8.), што је у складу и са општим правилом за рачунање рокова у уговорним односима (ЗОО, чл. 77, ст. 1.).

27 ЗЗП, чл. 29, ст. 7.

цу. То је изричито предвиђено правилом чл. 28, ст. 4. ЗЗП, које је у функцији заштите потрошача јер би за продавца била повољнија теорија пријема.

IV Правно дејство одустанка потрошача од уговора

Имајући у виду да одустанком од уговора потрошач, заправо, једнострано раскида уговор, основна правна последица која с тим у вези наступа је да се он ослобађа од свих обавеза које има према закљученом уговору, уз истовремено стицање права да од трговца захтева да му врати оно што је платио на име куповне цене. Одустанком од уговора о продаји робе за потрошача настаје и обавеза да трговцу врати производ у исправном, тј. неоштећеном стању,²⁸ а трошкови директног враћања робе падају на његов терет.²⁹

Када потрошач одустане од уговора тада се, према правилу чл. 36. Закона, аутоматски раскидају и сви повезани уговори. То се посебно односи на уговор о кредиту, који је потрошач закључио ради финансирања обавеза на основу закљученог уговора о куповини робе или услуге.³⁰

Одређенње термина „повезани уговори“ прецизира се у чл. 5, ст. 1, тач. 17. ЗЗП, по коме су то уговори „... на основу којих потрошач прибавља робу или услуге у вези са уговором закљученим на даљину и изван пословних просторија трговца, или изван пословних просторија трећег лица са ко-

28 Обавеза потрошача да врати робу трговцу предвиђена је чл. 35, ст. 1. Приликом оцене да ли је вредност робе умањена услед тога што је потрошач њоме руковао на неадекватан начин мора се узети у обзир чињеница да он не може бити ни претерано ограничен у испробавању робе, посебно не у мери која би могла да га одврати од употребе права да одустане од уговора. То је фактичко питање које се решава од случаја до случаја. Тако, на пример, у ситуацији када потрошач купи електрични тостер на основу уговора закљученог на даљину па одлучи да одустане од уговора, тада се подразумева да је он имао право да отпакује производ и да га прегледа, као што би то могао да учини у радњи да је куповина обављена на тај начин, али не и да га користи, јер ни у радњи то не би могао. Ако је потрошач након употребе установио да му тостер не одговара онда он може да остварује своја права по основу несообразности производа, под предвиђеним условима. У пресуди Суда правде ЕУ од 3. септембра 2009 године, у предмету C-489/07, *Pia Messner/Firma Stefan Krüger (Messner)*, 2009, I-7315, Суд је слично резонувао када је обавезао г-ђу *Messner*, која је од фирме *Krüger* купила лаптоп у вредности од 278 еура, па је у законом предвиђеном року одустала од уговора, да надокнади продавцу губитак вредности робе због тога што је лаптоп редовно употребљавала током целог периода у оквиру кога је могла одустати од уговора (случај наведен према: З. Мешкић (2012б), 192-193).

29 ЗЗП, чл. 35, ст. 3. ЗЗП. Потрошач је ослобођен од обавезе плаћања ових трошкова само ако се трговац сагласио да их он сноси, или ако је трговац пропустио да претходно обавести потрошача да је дужан да плати и те трошкове.

30 Вид. ЗЗП, чл. 36, ст. 1. и 2. (који одговарају правилу Директиве 2011/83/ЕУ, чл. 15, ст. 2.).

јим трговац има споразум³¹. Повезани уговори су специфични по томе што чине јединствену економску и правну целину: економску зато што ни један од њих не би био закључен да није другог уговора, нити извршење само једног повезаног уговора (без извршења другог) може произвести очекивани резултат, док се правно јединство ових уговора огледа у њиховој повезаности у погледу субјекта и у погледу каузе. Наиме, потрошач се појављује као уговорна страна у оба уговора, а један уговор (који се може означити као основни) представља каузу закључења другог уговора.³²

За повезани уговор о кредиту Закон изричито предвиђа да се раскида по сили закона када потрошач одустане од „основног“ уговора.³³ То важи независно од тога ко је одобрио кредит, тј. да ли је то учинио трговац код кога је купљена роба или услуга, или треће лице. Међутим, да би давалац кредита знао да је потрошач одустао од уговора и да је, због тога, уговор о кредиту аутоматски раскинут, он о томе мора бити обавештен и та обавеза је на трговцу, а не на потрошачу.³⁴

Ако је потрошач нешто платио даваоцу кредита на име извршења уговора од кога је накнадно одустао, онда има право да му се тај износ врати и то са каматом.³⁵ Закон обавезује даваоца кредита да то учини у року од 30 дана од дана када је обавештен да је потрошач одустао од уговора. Ако про-

31 На овај начин термин „повезани уговор о кредиту“ одређује и чл. 3, ст. 1, тач. (н) Директиве Европског Парламента и Савета 2008/48/ЕЗ о уговорима о потрошачким кредитима и стављању ван снаге Директиве Савета 87/102/ЕЕЗ, „Сл. лист ЕУ“ бр. Л 133/66. Према Образложењу чл. 5, ст. 1, тач. 17. Нацрта Закона о заштити потрошача ова одредба се односи и на трговце који са произвођачем уговарају производњу производа са сопственом трговинском марком.

32 Драгољуб Симоновић, *Уговорна читанка*, књига четврта, Београд, 2009, 82. Поред уговора о кредиту који се закључује ради финансирања потрошачког уговора то може бити и уговор о осигурању предмета потрошачког уговора и др.

33 ЗЗП, чл. 6, ст. 2. и 3.

34 ЗЗП, чл. 6, ст. 3, тач. 1. У овом случају нема сметњи да и потрошач обавести треће лице које је давалац кредита о овој околности, али то обавештење ипак мора да потврди трговац, што је правило које доприноси томе да се евентуалне злоупотребе потрошача с тим у вези сведу на најмању могућу меру.

35 Ово решење је усклађено са правилом чл. 40. Закона о заштити корисника финансијских услуга, које предвиђа још детаљнија правила у вези са престанком повезаних уговора о кредиту, који су одобрени за потрошачке куповине робе или услуга. Према ст. 1. тог члана потрошач који одустане од уговора у складу са ЗЗП није више обавезан повезаним уговором о кредиту. Став 2. истог члана предвиђа да је трговац дужан да обавести банку о одустанку потрошача од уговора у року од 8 дана, док је банка дужна да потрошачу - кориснику повезаног уговора о кредиту, врати отплаћени износ кредита у року од 30 дана, и то са каматом.

пусти тај рок онда ризикује да буде позван и на прекршајну одговорност и да, с тим у вези, буде и новчано кажњен (ЗЗП, чл. 160, ст. 1, тач. 18.).

Раскид повезаног уговора за потрошача не може створити обавезу плаћања додатних трошкова с тим у вези, осим ако није реч о издатку који Закон изричито предвиђа да пада на његов терет у том случају.³⁶

V Изузеци од права на одустанак од уговора

Иако право потрошача да одустане од уговора закључених на даљину представља његово неотуђиво, законом гарантовано право,³⁷ оно није примерено за све ситуације и Закон у чл. 37. таксативно наводи када је оно искључено.³⁸ Реч је о изузецима од општег правила, које треба рестриктивно тумачити. Они се могу поделити у две групе, према томе да ли се односе на уговор о услугама или на уговор о продаји робе.

1. Уговори о пружању услуга

Потрошач не може одустати од уговора о пружању услуга у следећим ситуацијама:

а) када је трговац пружио целу услугу за време трајања рока за одустанак од уговора, при чему је то учинио на изричит захтев потрошача и уз његову потврду да му је познато да под тим условом губи право да одустане од уговора;

б) када цена услуге на коју се уговор односи зависи од промена на финансијском тржишту на које трговац не може да утиче и које могу настати у току трајања рока за одустанак, јер би потрошач могао да користи право да одустане од уговора само да би се заштитио од тог ризика;

в) када је потрошач тражио од трговца да дође у његов простор (животни, радни) ради хитних поправки или одржавања, тада он нема право да одустане од уговора који се односи на те радове, али ако му је трговац истовремено пружио и додатне услуге, или обезбедио робу пре-

36 Према ЗЗП, чл. 34, ст. 3. потрошач је дужан да сноси трошкове доставе купљене робе, која одступа од најјефтиније уобичајене доставе коју је понудио трговац, док је према чл. 35, ст. 4. он у обавези да трговцу надокнади штету због умањене вредности робе, до чега је дошло због неадекватног руковања робом односно њеном употребом на начин који превазилази оно што је неопходно да би се установила њена природа, карактеристике и функционалност.

37 Уговорна одредба којом би се потрошач одрекао од овог права не би производила правно дејство.

38 Ова правила су усклађена са правилом чл. 16. Директиве 2011/83/ЕУ.

ко оне која је потребна за замену неисправних делова, онда потрошач може да одустане од уговора у односу на те, допунске услуге или робу;

г) када се услуге односе на: пружање смештаја али не за потребе становања, транспорт робе, изнајмљивање аутомобила, припрему и доставу хране, као и услуге повезане са слободним активностима под условом да уговор предвиђа конкретни рок или период извршења, јер у овим случајевима трговац тешко да би могао исту услугу да поново прода трећем лицу у наведеном периоду;

д) када се испоручују финансијске услуге чија цена зависи од промена на финансијском тржишту које су ван контроле трговца потрошач, такође, не може да одустане од уговора зато што би ризик од тих промена био искључиво на трговцу, због чега он не би могао исту услугу да под истим условима прода трећем;

ђ) код уговора о осигурању путника или пртљага, као и свих других уговора о краткорочном осигурању који се закључују на период краћи од месец дана, право потрошача да одустане од уговора би било, по правилу, такође на штету трговца јер је у питању уговор о осигурању од одређеног ризика, које покрива веома кратак временски период;

е) када уговор има за предмет финансијску услугу па је та услуга у целости извршена уз сагласност потрошача;

2. Уговори о продаји робе

За уговор о продаји робе потрошач губи право да одустане од уговора у следећим ситуацијама:

а). када цена робе која је предмет уговора зависи од промена на финансијском тржишту на које трговац не може да утиче и које могу настати у току рока за одустанак;

б) када се уговор односи на робу која је произведена по спецификацији потрошача и прилагођена његовим личним потребама, на пример, трговац је сашио одело по мери која одговара потрошачу. У односу на ово питање би, међутим, у сваком конкретном случају требало пажљиво проценити да ли је роба довољно специфична да би се квалификовала као изузетак или не, јер то у великој мери зависи од околности случаја;³⁹

39 Закон не одређује критеријум на основу кога би се одређени производ квалификовао као персонализован, а линија разграничења није увек тако очигледна. У сваком случају, то је фактичко питање које се процењује према конкретним околностима.

в) када потрошач купује робу која је подложна погоршању квалитета или има кратки рок трајања, нпр. свеже прехранбене намирнице;

г) када се уговор односи на запечаћену робу, што је учињено ради заштите здравља купца и очувања хигијенских стандарда, а потрошач ју је отпечатио и на тај начин је онемогућио њено безбедно коришћење па је трговац не би могао поново продати;

д) када се уговор односи на робу која се, након испоруке, због своје природе неодвојиво меша са другом робом, на пример, потрошач натоци (купи) на пумпи гориво у аутомобил;

ђ) када се уговор односи на алкохолна пића која ће бити испоручена потрошачу тек након што прође 30 дана од закључења уговора, а њихова цена зависи од промена цена на тржишту на које трговац не може да утиче, јер би у том случају ризик пао искључиво на трговца па би у случају одустанка потрошача од уговора он тешко продао робу под истим условима трећем лицу;

е) потрошач нема право да одустане ни од уговора који се односи на запечачени аудио или видео запис или рачунарски софтвер, а који је потрошач отпечатио након испоруке, с обзиром да може том приликом да дође до оштећења тих записа или софтвера;⁴⁰

ж) када се уговор односи на испоруку новина, периодичних издања или часописа тада потрошач, такође, не може да одустане од уговора. Одустанак у овом случају није примерен јер се ови артикли купују на свакодневной бази и потрошачу су позната његова својства и квалитет, као и чињеница да је то роба која има ниску цену коштања, због чега он није изложен уобичајеним ризицима карактеристичним за уговоре који се закључују на даљину или ван пословних просторија. Ипак, ово правило се не односи на претплатничке уговоре за испоруку новина, часописа или периодичних издања, с обзиром да је њихово извршење трајно и подразумева значајнији трошак за потрошача, због чега му се не може ускрати право да од њих одустане, у складу са Законом;

з) када потрошач купи робу на јавној аукцији. Код ових продаја се роба купује на основу најповољније понуде при чему купац и продавац, по правилу, лично присуствују или имају могућност да лично учествују у том процесу. Јавне аукције се редовно одржавају по процедурама уређеним императивним законским нормама (јавне продаје) и купац који је дао најпо-

40 Потрошач, наимае, не би могао да отпечати оригинално паковање ових производа ни да је куповину обавио у радњи.

вољнију понуду има обавезу да закључи уговор о куповини. Куповина на овим аукцијама не даје купцу/потрошачу право на одустанак од уговора. Међутим, то не обухвата и аукције које се организују преко тзв. онлајн платформи, на којима учествују и трговци нудећи своју робу или услуге, што значи да потрошачи у тим случајевима имају право да одустану од уговора као и сва друга права која им гарантује Закон о заштити потрошача;

и) потрошач не може да одустане од уговора којим се дигитални садржај испоручује ван трајног носача записа (уместо на трајном носачу записа, што је редовни случај) и ако је извршење започело након што се потрошач изричито сагласио са таквом испоруком и након што је он трговцу потврдио да зна да на тај начин губи право на одустанак од уговора.

У литератури је забележен и став да право потрошача да одустане од уговора не би требало ограничавати изузецима, већ да оно треба да остане неограничено, али уз обавезу потрошача да трговцу надокнади штету који би због тога претрпео.⁴¹ Ово решење, међутим, има ту слабост што може утицати на потрошача да радије не користи право да одустане од уговора него да се изложи ризику да буде обавезан да трговцу због тога надокнади штету.

VI Закључак

Право потрошача да одустане од уговора закљученог на даљину или ван пословних просторија трговца подразумева да он може на једноставан начин раскинути тако закључени уговор и повратити новац којим је платио робу или услугу, без посебних формалности и додатних трошкова. Разлози због којих му се допушта да се накнадно предомисли, а да притом не ризикује да буде позван на уговорну одговорност, су вишеструки, али најважнији су: прво, потрошач у тим условима често купује робу или услугу под притиском времена или психолошким притиском трговца; друго, он нема прилику да претходно размотри понуду конкуренције; и треће, није му могуће да се пре закључења и реализације уговора увери у својства робе или услуге коју купује.

Да би ово, ексклузивно право потрошача могло да се остварује у пракси, неопходно је да се оно пажљиво уреди тј. да се правила која га регулишу формулишу тако да, осим потребне заштите потрошачу, истовремено обезбеђују и адекватну заштиту за трговца. У том смислу Закон

41 S. Singelton, *Contracts at a distance - where now? E-commerce Business Law*, April 2001, 6-9, нав. према: Милена Јовановић Zatilla, *Право потрошача*, Ниш, 2013, 111.

о заштити потрошача предвиђа одређена ограничења и услове за његову употребу. Истовремено, детаљно се одређују обавезе трговца у погледу предуговорног информисања, како би се информациони дефицит потрошача у овим ситуацијама свео на најмању меру. И на крају, Законом су прецизиране ситуације када је право на одустанак од уговора искључено.

Иако је очигледно у интересу потрошача, право на одустанак од уговора које се користи у складу са предвиђеним правилима може бити и у интересу трговаца јер они, допуштајући потрошачима да једноставно раскину уговорни однос ако накнадно установе да им не одговара, привлаче више купаца и тако повећавају свој промет и остварују већу зараду.

Katarina A. JOVIČIĆ, PhD

Research Fellow at the Institute of Comparative Law, Belgrade

THE CONSUMER RIGHT OF WITHDRAWAL THE CONTRACT

Summary

Right to withdraw from the contract is a consumer's unique right in distance and off-premises contracts. Its purpose is to give them a special protection, because in those situations they are under certain risks, above all because of the fact that they purchase under the pressure, often without possibility to check the characteristics and quality of the product or service they want to buy. Under those circumstances it is difficult for consumers to make rational decisions about purchasing. Because of that Consumer protection Act allows them to change their mind later and to withdraw from the already concluded and even performed contract. Consumers may exercise this right only in accordance with restrictions and conditions provided for in mentioned Act. Although obviously is in the interest of the consumers, the right to withdraw from the contract may be in the interest of traders too, because they attract more customers and earn more money when allowing consumers a cooling off period.

Key words: *right to withdraw from the contract, termination of the contract, consumer distance contract, consumer off-premises contract, Consumer protection Act.*

Др Михајло ЦВЕТКОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

РЕФОРМА ЕВРОПСКИХ ПРАВИЛА О ДИСТАНЦИОНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ ПОТРОШАЧИМА

Резиме

Децембра 2015. године Европска комисија покренула је реформу права потрошача објављивањем два предлога нових директива са циљем да се ускладе правила дистанционе продаје. Тренутно присутне разлике у праву држава чланица отежавају прекограничну електронску трговину. Предмет овог рада је „Предлог директиве о одређеним аспектима уговора о продаји робе на интернету и другој продаји робе на даљину“. У првом делу су побројане најзначајније разлике у односу на позитивно право, настало под утицајем Директиве о продаји робе и пратећим гаранцијама. Најважније су промене поводом нивоа хармонизације, рокова, терета доказивања, као и нова правила о лакшем раскидању уговора. У другом делу рада су детаљније приказани реформски предлози о саобразности робе и потрошачким правним лековима. Мада несумњиво доноси већи ниво заштите потрошача, предложена реформа удаљава дистанциону од класичне продаје између присутних лица и компликује уговорно право потрошача уводећи још један посебан режим продаје.

Кључне речи: *дистанциона продаја, заштита потрошача, уговор, Европска унија.*

І Увод¹

Правила о дистанционој продаји међу државама чланицама ЕУ се толико разликују да отежавају прекограничну продају, нарочито путем интернета. Проблем делује негативно на трговце, повећавајући трошкове пословања уколико се одлуче да понуде робу у другој држави, али и на потрошаче када реше да купе у иностранству. Њихова несигурност је последица варирајућег нивоа заштите у упоредном праву. То негативно утиче на функционисање, конкурентност и поверење у јединствено уну-

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

трашње тржиште ЕУ. Нарочито су погођена мала и средња предузећа, изложена трошковима и ризицима прекограничне трговине.

Како решила поменуте проблеме, Европска комисија израдила је и децембра 2015. године објавила два нова акта: Предлог директиве о одређеним аспектима уговора о продаји робе на интернету и другој продаји робе на даљину (надаље: Предлог 635) и Предлог о одређеним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја (надаље: Предлог 634). Оцењује се да ће усвајање ових аката подстакнути тржиште и оборити цене. Реформа се образлаже и важнијим разлозима. Прописи ЕУ треба да одговоре бројим глобалним изазовима подстакнутим технолошким развојем. Електронска трговина је главни фактор привредног раста на светском нивоу. Њен пун потенцијал може се искористити једино ако сви субјекти могу несметано да тргују на интернету. Остварење тог циља, недостижног на националном нивоу, омогућавају адекватна правила јединственог уговорног права, јер је оно међу кључним чиниоцима при доношењу одлуке да ли нудити или куповати робу ван домаћег тржишта.

Постојећа правила о дистанционој продаји остала су разноврсна, мада су прописи о предуговорном информисању потрошача, праву на једнострану одустанак и условима испоруке, већ потпуно усклађени захваљујући Директиви 2011/83/EU о правима потрошача. Други кључни елементи потрошачког уговора (саобразност, правни лекови) подлежу минималној хармонизацији на основу Директиве 1999/44/ЕС о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и гаранцијама. Она допушта државама чланицама да уведу стандарде повољније за потрошача. Многе државе су то искористиле, што је произвело знатне разлике у потрошачком уговорном праву, везане за хијерархију правних лекова, рок у којем продавац одговара за несаобразност, период пребацивања терета доказивања или обавештавање о продавца о несаобразности.

Предлог 635 се састоји од 21 члана. Многе одредбе темеље се на Директиви 1999/44/ЕС или предлогу Уредбе о заједничком европском продајном праву, који је након бројних критика академске и стручне јавности повучен из процедуре. Реформа на основу Предлога 635 означава стављање ван снаге Директиве 85/577/ЕЕС о продаји изван пословних просторија и Директиве 97/7/ЕС о дистанционој продаји.

II Разлике у односу на Директиву 1999/44/ЕС и позитивно право

Намењен дистанционој продаји, Предлог 635 новим решењима одступа од Директиве 1999/44/ЕС, намењеној превасходно уговору о продаји између присутних лица.

1. Ниво хармонизације

Кључне одредбе Предлога 635 уклањају главне разлике у националним правима о заштити потрошача, настале након што су државе чланице спровеле правила о минималној хармонизацији из Директиве 1999/44/ЕС, створивши тако правну расцепканост. Иако се Предлог 635 заснива на правилима из Директиве 1999/44/ЕС, он предвиђа потпуну хармонизацију правила о саобразности, лековима и роковима. Потпуна хармонизација већ се показала успешно код Директиве 2011/83/ЕУ. Одабиром директиве оставља се слобода државама чланицама да прилагоде решења својем националном праву. Уредба захтева пуно детаљнији и свеобухватнији уплив него директива, па се од ње одустало. Необавезујући инструмент (нпр. добровољни типски уговор) не би се постигао циљ унапређења унутарњег тржишта. Трговци би и даље били везани националним правилима државе из које потиче потрошач, уколико она предвиђају виши степен заштите.

Предлог 635 тражи потпуну усклађеност, државе чланице не могу задржати или усвојити ни блаже ни строже одредбе од предложених. Потпуно усклађена правила о потрошачким уговорима трговцима ће олакшати пласман производа у другим државама чланицама због мањих трошкова и веће правне сигурности. Последица јаче конкуренције међу трговцима биће шира понуда по нижим ценама за потрошаче, што ће повећати њихово поверење у прекограничну дистанциону трговину, посебно на интернету.

Предлог 635 не садржи правило о надокнади штете након раскида уговора. Она је нужна када потрошач због озбиљне несаобразности претрпи велику штету. На пример, када је након раскида приморан да купи робу исте врсте од другог продавца по знатно вишој цени. Такви случајеви решаваће се по националном праву које варира међу државама чланицама, те није јасно зашто предлагач сматра да нема хитне потребе за хармонизацијом одштетних правила.²

2 Jan Smits, „New European union proposals for distance sales and digital contents contracts: fit for purpose?“, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2016, 5. Доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2733815>.

2. Обавезна хијерархија правних лекова

Директива 1999/44/ЕС предвиђа хијерархију правних лекова доступних потрошачу (чл. 3). Ако постоји несаобразност, потрошач најпре има право да се роба поправи или замени. Између ових „примарних лекова“ потрошач бира, али продавац може да одбије несразмерно тежак захтев (нпр. ако је поправка знатно лакша од замене). Тек у другом кораку потрошач тражи раскид уговора или снижење цене. Овај приступ, истоветан класичним правилима уговорног права, следило је 20 држава чланица, док су остале потрошачу нудиле слободан одабир правног лека или су додале и посебан правни лек - право на одбијање робе у кратком року (нпр. Енглеска).³

Током јавне расправе о Предлогу 635, удружења потрошача су се залагала за слободан одабир правних лекова, док су трговачка удружења захтевала двостепени систем. Већина теоретичара подржава слободан избор, али поједини предност дају задржавању хијерархије, уз могућност измене режима током преговора. Предлог 635 садржи каскадно решење које настоји да очува уговор и смањи трошкове. Тако се уравнотежавају сукобљени интереси, јер се продавцу даје прилика да отклони несаобразност. Ипак, у државама чланицама где је по позитивном праву могуће одмах раскинути уговор, без претходне поправке или замене, положај потрошача ће се погоршати.⁴ Осим тога, што се *online* продаје тиче, у неким случајевима раскид је за обе стране повољнији од примарних лекова.

3. Терет доказивања

По Директиви 1999/44/ЕС потрошач употребљава правни лек уколико роба није саобразна уговору у тренутку испоруке. За сваки недостатак који се манифестује у року од шест месеци од испоруке робе, важи релативна претпоставка да је постојао и у тренутку испоруке (чл. 5, ст. 3). Дакле, терет доказивања носи продавац. Да би одбио потрошачев захтев, продавац мора да докаже непостојање несаобразности у тренутку испоруке, осим ако је претпоставка у супротности са природом робе или природом несаобразности (нпр. ради се о потрошној ствари, технички уређај је поливен водом, пас је умро од хладноће, јер је остављен напоље).⁵ Док је 25 држава чланица усвојило приказано решење, неке су недавно продужиле поменути рок. Велика про-

3 J. Smits (2016a), 4.

4 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town, 1996, 305.

5 Jan Smits, „The new EU proposal for harmonized rules for the online sales of tangible goods (com (2015) 635): conformity, lack of conformity and remedies“, *Maastricht European Private law Institute*, working paper no. 2016/01. Доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2731811>, 10.

мена из Предлога 635 у односу на Директиву 1999/44/ЕС је продужење рока током којег терет доказивања пада на продавца. Претпоставља се да је свака несаобразност која постане очигледна у року две године од времена преласка ризика постојала још у тренутку преласка ризика, осим ако то није у складу с природом робе или природом несаобразности (Предлог 635, чл. 8, ст. 3).

Током јавне расправе, представници трговаца су желели да се задржи постојећи шестомесечни рок, а исти став имале су и државе чланице и правна струка. Упркос томе, предлагач сматра да ново решење незнатно погађа продавца, јер иначе занемарљиво мало продаваца инсистира да, након истека шестомесечног рока, потрошач доказује постојање несаобразности још у тренутку испоруке. Осим тога, о материјалним недостацима техничке природе потрошач мало зна. Ново решење изједначава период током којег терет доказивања носи продавац са роком у којем он одговара за несаобразност. По Предлогу 635 потрошач доказује само испољавање недостатка у року од две године, а не његову етиологију или продавчеву кривицу. Тек уколико продавац обори законску претпоставку, потрошач дугује одговарајуће доказе. Ново решење побољшава положај потрошача – у пракси се тешко доказује непостојање несаобразности у тренутку преласка ризика (негативан доказ). Поједини аутори решење из Предлога 635 критикују, јер омогућава несавесном потрошачу да се према роби понаша као лош домаћин, а затим злоупотреби правни лек. То нарочито важи за сложене техничке уређаје (потрошачку електронику), где продавац није увек довољно квалификован да обори ненаклоњену претпоставку.⁶ Предлагач инсистира да ново правило не подстиче фrawdолозно понашање потрошача.⁷ Европска организација потрошача (BEUC) сматра да претпоставка на терет продавца доприноси „зеленој“ економији.

4. Укидање рока за обавештавање продавца о недостатку

У складу с Директивом 1999/44/ЕС државе чланице могу да обавезу потрошача да обавести продавца о несаобразности у року од два месеца од његовог откривања (чл. 5, ст. 2). Без нотификације, потрошач губи правне лекове. Циљ решења је да се продавац заштити од прекасих потрошачевих захтева, када се несаобразност тешко отклања. Мада 11 држава чланица није увело ову обавезу, 17 држава ипак захтева нотификацију у различитим роковима. Предлог 635 укида обавезну нотификацију, што се образлаже аргументом да у случају прекограничне продаје

6 J. Smits (2016a), 3.

7 J. Smits (2016b), 11.

потрошач не мора да зна да ли продавац по свом националном праву очекује нотификацију.⁸ Решење очигледно показује да је предлагач желео да ојача положај потрошача. У пракси су потрошачи губили право на лек због кашњења или изостанка обавештења, посебно у *online* уговорима. Из тог разлога Предлог 635 укида нотификациони рок, али свакако потрошач мора да обавести продавца о несаобразности у неком тренутку.

5. Две године за правни лек

Директива 1999/44/ЕС предвиђа одговорност продавца за несабраност која се манифестовала у року од две године од тренутка испоруке (чл. 5, ст. 1). Двогодишњи рок увеле су 23 државе чланице, у једној је рок дужи. У неким државама се користи правни стандард „разуман рок“, нема „астрономског“ ограничења. Мада у њима рок није прецизиран, права потрошача су ограничена роком застарелости.⁹

С обзиром на то да је велика већина држава чланица усвојила рок од две године при имплементацији Директиве 1999/44/ЕС, Предлог 635 је задржао истоветно решење, али формулисано из угла потрошача (чл. 14). Он има право на правни лек ако се несаобразност испољи у периоду од две године. То није гаранција трајности, нити рок застарелости, већ преклузивни рок. Норма не значи да сваки производ треба да остане саобразан уговору две године, већ да се питање продавчеве одговорности може покренути ако је, кумулативно, несабраност постојала у време испоруке и манифестовала се у оквиру две године. Тако се продавац штити од захтева поводом несаобразности која се јавила касније.¹⁰ У државама где нема астрономски одређеног рока сматра се да је разумно очекивати да постојанији производи (скупи кућни и технички апарати, бела техника) трају 3 или 4 године. У тим државама ниво заштите потрошача ће опасти.¹¹

Директива 1999/44/ЕС дозвољава да, у случају половне робе широке потрошње, продавац и потрошач договоре рок у којем продавац одговара за несаобразност, с тим што он не може бити краћи од 1 године (чл. 7). Новина из Предлога 635 је да више нема посебног режима за половне ствари. Творци Предлога 635 у образложењу истичу како је важно осигурати дужу трајност робе широке потрошње због одрживости привреде и заштите животне средине.

8 J. Smits (2016a), 5.

9 J. Smits (2016a), 4.

10 J. Smits (2016b), 11.

11 J. Smits (2016b), 12.

6. Раскид због незнатног недостатка и појашњења

По позитивном праву и судској пракси, несаобразност занемарљивог значаја, нпр. огреботина или козметички недостатак, мања техничка неисправност или другачије паковање, нису довољан разлог за раскид уговора.¹² За разлику од чл. 3, ст. 6. Директиве 1999/44/ЕС,¹³ по Предлогу 635, потрошач има право на раскид уговора и у случају мањих недостатака. Овај помак у корист потрошача, а на штету продавца, значајно олакшава раскидање уговора. Предлагач сматра да се тиме снажно утиче на продавца да отклони несаобразност неким примарним леком, тј. поправком или заменом. Тиме се такође отежава пласман некавалитетних производа. Предлагач ту вероватно мисли на јефтину робу из Азије, мада се, наравно, о томе не изјашњава.

Поред поменутих измена, Предлог 635 решава одређене недоумице присутне у досадашњој пракси: даје потрошачу право да обустави исплату цене до отклањања несаобразности (чл. 9, ст. 4); прописан је начин за снижење цене (чл. 12); трошкове замене сноси продавац, укључујући пријем замењене ствари (чл. 10); потрошач не дугује надокнаду за употребу замењене робе (чл. 10 ст. 3). Директива 1999/44/ЕС се није изјашњавала о накнади за употребу, али је решење из Предлога 635 потврђено у судској пракси.¹⁴ Питање је да ли је решење правично у свим ситуацијама (нпр. када ТВ или веш машина откажу после 23 месеца, а потрошач захтева замену за нови уређај).

III Детаљније о садржини Предлога 635

1. Предмет, подручје примене и дефиниције

Предлог 635 покрива све канале за продају на даљину, укључујући телефонске и поштанске наруџбине, како би се очувала поштена тржишна утакмица и створили равноправни услови за све продавце. Ако уговор укључује елементе продаје робе и пружања услуга, нова решења важе само за део који се односи на робу, као и за дигитални садржај интегрисан у робу.

У дефиницији уговора на даљину, Предлог 635 прати Директиву 2011/83/ЕУ и њен чл. 2, ст. 7. Помиње се „организована дистанцина продаја“ без истовременог физичког присуства продавца и потрошача, путем средстава даљинске комуникације. Потрошач треба да докаже организовану дистанциону продају да би важио за њега повољнији режим. Међутим, овај доказ је понекад тежак, јер потрошач не може да зна да ли је понуда коју је он прихватио истовремено општа понуда доступна ши-

12 J. Smits (2016a), 4.

13 „Потрошач не може да раскине уговор ако је несаобразност робе незнатна“.

14 Случај C-404/06 *Quelle AG v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*.

рем кругу потрошача. То је аргумент да терет доказивања треба окренути, тј. претпоставити да је закључен дистанциони уговор. Такво је решење у немачком BGB (§ 312-Ц), а заступају га и холандски аутори.¹⁵

У дефиницијама, за означавање преносиоца, Предлог 634 помиње „испоручиоца“, а Предлог 635 „продавца“. То не треба да збуњује, јер Предлог 634 не прејудицира правну природу уговора о испоруци дигиталног садржаја. У односу на Директиву 1999/44/ЕС, Предлог 635 прецизира да лице која робу набавља у циљу занатске делатности нема статус потрошача (чл. 2, тач. б). У Предлогу 635 нема правила о предаји, тј. испоруци робе, исплати цене, обештећењу због неиспуњења, промењеним околностима и преласку ризика, што му неки аутори замерају.¹⁶

2. Саобразност робе

Предлог 635 користи израз „оправдана очекивања“, као правни стандард. Оправданост се утврђује објективно, узимајући у обзир природу и сврху уговора, околности случаја и праксу уговарача. Осим што очекивања потрошача у погледу робе треба да буду „оправдана“, овај критеријум важи и нпр. за утврђивање разумног рока за поправку или замену несаобразне робе.

Правила о саобразности су међу важнијима када се ради о уговорној заштити потрошача, па је зато чудно да тек Предлог 635 захтева њихову потпуну хармонизацију. Том питању је посвећено 3 члана. Прво правило се односи на тзв. субјективни критеријум, продавац одговара када не испоручи оно што потрошач очекује на основу уговора. Саобразност се цени према споразумима наведеним у уговору, укључујући и предговорне информације. Продавац гарантује да испоручена роба одговара уговору у погледу количине, квалитета и описа, односно узорка или модела; као и да одговара нарочитој намени с којом је потрошач упознао продавца (чл. 4).

Друго правило о саобразности (чл. 5) прописује објективне критеријуме, и важи ако нема изричито уговорених, тј. субјективних услова. Роба треба да одговара намени за коју се роба истог описа уобичајено употребљава; испоручује се заједно с додатним прибором, укључујући амбалажу, упутство за уградњу или друго упутство; има својства уобичајена за робу једнаке врсте, тј. функције које потрошач основано очекује. Синтезом чланова 4. и 5. Предлога 635 запажа се комбиновани, субјективно-објективни критеријум за процену саобразности, јер се сматра да он равномерно штити легитимне интересе обе стране.

15 J. Smits (20166), 7.

16 J. Smits (20166), 6-7.

Начин на који се процењује саобразност у праву потрошача није се мењао од времена доношења Директиве 1999/44/ЕС, што је својеврсна потврда њеног квалитета. Главни (субјективни) критеријум се заснива на споразуму уговарача. Он се коригује навише (нпр. прописом да производ треба да је подобан за редовну употребу) или наниже, када продавац информира потрошача о неком недостатку робе, а потрошач га прихвати. Потрошачева очекивања условљена су и изјавама трећих лица (нпр. рекламама произвођача). Предлог 635 у основи прати решење из чл. 2. Директиве 1999/44/ЕС. Предложено решење поједини аутори критикују, наглашавајући да субјективни критеријум не одговара дистанционим уговорима. Наиме, када потрошач купи производ *online*, нема никаквог преговарања са продавцем. То је аргумент за усвајање објективног критеријума: производ треба да је подобан за редовну употребу у складу за разумним очекивањима потрошача. Потенцирање субјективног критеријума води у спорове око тога шта су се уговарачи заиста договорили.¹⁷ Предлог 634 још више нагиње субјективном критеријуму него Предлог 635.

Треће правило о несаобразности се односи на уградњу, неопходну код великог броја производа широке потрошње. Несаобразност изазвана неправилном уградњом даје потрошачу право на лекове ако је производ уградио продавац или је он надзирао уградњу, односно дао потрошачу погрешна упутства о томе (чл. 6). Укратко, постоји несаобразност ако је обавеза исправне уградње била у надлежности продавца.

У доктрини, концепт саобразности обухвата поред материјалних и правне недостатке. Када је потрошач спречен или ограничен у коришћењу купљеног производа због права неког трећег, повређено је начело једнаке вредности узајамних давања. Зато продавац гарантује да роба нема правне недостатке. „Роба не сме бити оптерећена никаквим правима трећих лица, укључујући и она која се заснивају на интелектуалној својини“ (чл. 7. Предлога 635). Наведено решење је допуна у односу на Директиву 1999/44/ЕС, која правни недостатак не помиње. Члан 7. Предлога 635 заправо говори о заштити од евикције, али чини се да је формулација претерано искључива. У неким случајевима потрошач прихвата робу са правима трећих, а некада је баш то мотив за куповину.

За примену правила о саобразности важан је тренутак у којем се утврђује да ли роба има недостатак. Продавац одговора за сваку несаобразност присутну у тренутку када су потрошач или треће лице које је одредио потрошач, а које није превозник, стекли државину над робом;

17 J. Smits (20166), 9.

односно када је роба предата превознику којег је одабрао потрошач ако продавац није понудио тог превозника или ако продавац не нуди никакво превозно средство. Ако је робу уградио продавац или ако је роба уграђена под његовим надзором, тренутак завршетка уградње тумачи се као тренутак када је потрошач стекао државину над робом (чл. 8). Укратко, Предлог 635 прописује да продавац одговара само за несаобразност присутну у тренутку преласка ризика.

3. Правни лекови

У чл. 9. Предлога 635 наведени су правни лекови доступни потрошачу. У првом кораку, потрошач има право на поправку или замену робе у разумном року и без икаквих трошкова. У другом кораку, потрошач има право на снижење цене или раскид уговора ако се несаобразност не може отклонити у првом кораку. Новина је право потрошача да обустави испуњење своје уговорне обавезе, тј. исплату цене док роба не буде усклађена са уговором. Потрошач нема право на заштиту ако је допринео да несаобразност настане. Поправка се у доктрини помиње као „еколошки прихватљив“ правни лек.

Потрошач бира између поправке и замене, осим ако би одабрана опција била немогућа, незаконита или ако, у односу на другу могућност, намеће продавцу несразмерне трошкове. Када продавац отклања несаобразност заменом, производ са недостатком преузима о свом трошку. Обавеза преузимања укључује демонтажу и уградњу заменског производа, односно подмиривање свих пратећих трошкова. Потрошач не дугује накнаду за раздобље пре замене. Овим решењем Предлог 635 усваја судску праксу Европског суда правде из случајева Ц-65/09 и Ц- 98/09 (Wittmer и Putz) где је пресуђено да продавац сноси трошкове деинсталације и реуградње.¹⁸ Решење је у истом духу као и пресуда у случају Ц-404/06 (Quelle AG) да потрошач не дугује накнаду за коришћење производа враћеног продавцу.

Право на снижење цене је класичан лек прибавиоца у двострано-обавезујућим уговорима. Њега помиње и Директива 1999/44/ЕС, али Предлог 635 даје прецизније упутство. Снижење цене сразмерно је смањењу вредности робе коју је примио потрошач у односу на вредност коју би роба имала да је у саобразна уговору (чл. 12. Предлога 635). Оваква појашњења су корисна, али не треба заборавити да се Предлог 635 односи искључиво на дистанциону продају.

18 Rafal Manko, „Contracts for online and other distance sales of goods“, *European Parliamentary Research Service*, PE 577.962, EPRS Legislation in Progress Briefing, Brussels, 2016, 6.

а) Право потрошача на раскид уговора

Највише новина у односу на постојећи режим везано је за право на раскид уговора. То је крајњи правни лек, уколико претходни нису могући или су били неуспешни (нпр. продавац изјави да неће да уважи примарне лекове у разумном року или је то очигледно из околности случаја). Потрошач има право на раскид и у случајевима незнатне несаобразности (што је супротно правилу да нема замене или поправке ако је то несразмерно тешко продавцу). Када потрошач купи више производа, од којих су неки додатни прибор уз главни производ, а потрошач их не би купио без главног производа и ако се несаобразност односи на главни производ, потрошач има право на раскид уговора и у погледу додатног прибора (чл. 13). Решење је у складу са максимом *Accessorium principali sequitur*. Дозвољен је и делимичан раскид, када је предмет обавезе дељива ствар (у пракси је то најчешће због количинског недостатка).

Потрошач раскида уговор обавештавањем продавца на било који начин. Поједини аутори замерају да недостаје одредба о томе када раскид почиње да делује, и предлажу теорију пријема.¹⁹ Последице раскида су следеће: продавац дугује потрошачу плаћену цену без непотребног одлагања, а у сваком случају најкасније за 14 дана; потрошач о трошку продавца враћа робу у истом року; ако је роба уништена или изгубљена, потрошач дугује новчану вредност коју би роба имала да је потрошач до тог дана задржао без уништења или губитка, осим ако су уништење или губитак узроковани несаобразношћу; потрошач плаћа за свако смањење вредности робе само у мери у којој умањење вредности прелази амортизацију која је последица редовне употребе. Плаћање за смањење вредности не сме прећи цену плаћену за робу. У праву Холандије, купац дугује надокнаду штете продавцу једино ако је крив што не може да врати производ. Пресудно је да ли се потрошач понашао према роби са разумном пажњом након што је раскинуо уговор.²⁰

IV Закључак

Пропаст Уредбе о заједничком европском продајном праву²¹ отворио је сумње у будућу хармонизацију потрошачког права. Предлозима 635 и 634 Европска комисија показала је решеност да ојача јединствено дигитално тржиште и настави политику пуне хармонизације започету

19 J. Smits (20166), 13.

20 J. Smits (20166), 14.

21 *Common European Sales Law* је повучен из процедуре почетком 2015. године.

Директивом 2011/83/ЕУ. Чињеница да се Предлог 634 односи посебно на дигитални садржај, показује да се овај предмет уговорне обавезе одваја од робе на нормативном плану. Он се „испоручује“, а роба се „продаје“.

Предлог 635 повећава ниво заштите потрошача, што показују најважније промене. Прецизирани су критеријуми за процену саобразности комбиновањем субјективних и објективних елемената. Продужен је рок у којем важи претпоставка да постоји несаобразност, са 6 месеци на две године. Овај рок је тако изједначен са роком у којем потрошач има право на правни лек. Осим тога, укида се орочена обавеза потрошача да обавести продавца о несаобразности и даје му се право на раскид уговора чак и када је недостатак незнатан. Ипак, по имплементацији Предлога 635 неке државе чланице мораће да смање ниво заштите потрошача у односу на позитивна решења. У њима ће за класичну продају остати стари, по неким питањима, за потрошача повољнији режим (нпр. право на слободан избор правног лека).²²

Принцип минималне хармонизације остаје на снази за поједина важна питања као што су комерцијалне гаранције и продавчево регресно право. Нежељени ефекат Предлога 635 је да у оквиру националног права расте дивергенција између дистанционе и класичне продаје, што је свакако сметња продавцима који продају путем оба канала.²³ Пуна хармонизација смањује разлике у упоредном праву држава чланица, али компликује национално право и води ка замршенијем праву потрошача.

Предложена реформа, оличена кроз Предлоге 634 и 635, ствара најмање три различита режима: 1. Директива 1999/44/ЕС важи за класичну продају између присутних лица и налаже минималну хармонизацију; 2. Предлог 635 регулише саобразност и правне лекове код дистанционих уговора и налаже максималну хармонизацију. При том, корисна појашњења у њему нису релевантна за класичну продају; 3. Предлог 634 уређује испоруку дигиталног садржаја (која је редовно дистанциона) и налаже максималну хармонизацију (али не по свим питањима). Не треба заборавити ни Директиву 2011/83/ЕУ са правилима о информисању потрошача и праву на одустанак.²⁴

Што се посебног дела уговорног права тиче, правила о продаји постају све разуђенија. Постоји један режим за класичну грађанску продају,

22 Потрошачи Уједињеног Краљевства, Португалије и Грчке имају право да одбију пријем производа са недостатком и одмах захтевају враћање цене, без чекања поправке или замене, Н. Schulte- Nölke, Fryderyk Zoll, „Remedies for buyers in B2C contracts: general aspects“, PE 462.460, Brussels, 2012, 15.

23 J. Smits (2016a), 6.

24 J. Smits (2016b), 8.

други режим за продају у привреди,²⁵ и посебан у потрошачком праву. Такође, могућа је и примена Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (CISG) ако је уговарачи изабери.²⁶ Више режима продаје постојало је и до сада,²⁷ али предложена реформа указује на проблематичан тренд „раслојавања“ правила о продаји.

Mihajlo CVETKOVIĆ, PhD

Assistant Professor at Faculty of Law University of Niš

REFORM OF THE EUROPEAN RULES ON CONSUMER CONTRACTS – DISTANCE SALES

Summary

In December 2015 the European Commission launched a consumer rights reform by publishing two proposals for new directives in order to harmonize distance sales rules. At present, differences in national law of the Member States hamper cross-border e-commerce. The focus of this paper is “Proposal for a directive on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods”. In the first part, the author compared Proposal with positive law, formed under the influence of the Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. Changes are related to the level of harmonization, time limits, the burden of proof, as well as new rules on easier contract termination. The second part of this paper is about proposals regarding goods conformity and consumer’s remedies. Although announced reform brings a higher level of consumer protection, at the same time it expands a gap between distance and traditional sales. Besides that, proposed reform complicates consumer protection law by adding a new set of rules to already divergent system.

Key words: distance sales, consumer protection, contract, European Union.

25 Посебан трговачки режим постоји у праву Немачке (§§ 373-382 HGB) и Аустрије (§§ 373-381 UGB).

26 R. Manko, 4.

27 Неке државе, нпр. Пољска, су покушале да интегришу право продаје у једно поглавље Грађанског законика, издвојивши специјална правила потрошачког права. У француском праву различити режими продаје уређени су одвојеним актима: „грађанска продаја“ у Code Civil (чл. 1582-1701), „потрошачка продаја“ у Закону о заштити потрошача (чл. L.211-1 – L.211-23). У немачком Грађанском законнику правила о продаји потрошачу су поднаслов у оквиру продаје (§§ 474-479 BGB).

Др *Жарко* ДИМИТРИЈЕВИЋ

(НЕ)МОГУЋНОСТ ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА УСЛЕД „САМОВЛАСНОГ“ ТУМАЧЕЊА ЗАКОНА О ЕНЕРГЕТИЦИ – ПРИМЕР ЧЛАНА 200.

Резиме

Закон о енергетици је својим модерним решењима у значајној мери допринео изградњи енергетског тржишта и створио предуслове за аутономни тржишни развој. Међутим, поједина законска решења нису довољно прецизно дефинисана чиме се ствара могућност злоупотребе законских овлашћења на штету потрошача, нарочито од оних учесника којима је дат својеврстан повлашћени положај. Уколико би до такве злоупотребе дошло, на супротној, на економски слабијој страни је да то и докаже. Поступак доказивања може бити веома дуг, а исход, имајући у виду неуједначеност судске праксе неизвестан. Еклатантан пример јесте спорно тумачење и погрешна примена члана 200. Закона о енергетици који могу да доведу до нарушавања принципа заштите крајњих купаца (потрошача), што свакако није у складу са Националним програмом за усвајање правних тековина Европске уније (НПАА).

Кључне речи: *обустава испоруке, заштита потрошача, снабдевач, судска заштита, оператор система, искључење.*

І Закон о енергетици и заштита потрошача

Закон о енергетици,¹ преузимањем вредности трећег енергетског пакета, ствара услове за сигурно снабдевање електричном енергијом. Такође, усвајањем закона створени су услови „за уравнотежени развој сектора у циљу обезбеђивања потребних количина енергије за задовољење потреба купаца енергије; подстицање конкурентности на тржишту на начелима недискриминације; ефективан надзор тржишних делатности и природних монопола (пренос, дистрибуција) кроз проширење овлашћења независног регулаторног тела (Агенције за енергетику) и јачање њего-

1 Закон о енергетици, *Сл.гласник РС*, бр. 145/2014.

ве функционалне и финансијске независности; развој енергетске инфраструктуре и увођење савремених технологија и стварања транспарентних, атрактивних и стабилних услова за улагања у изградњу, реконструкцију и модернизацију енергетских објеката; заштиту купаца и коришћење обновљивих извора енергије“.²

„Уграђивање политике заштите потрошача у пословну стратегију предузећа може постати веома атрактиван начин да се задовољство купца одржи, обнови, појача или промовише, као симбол квалитетне и комплетне услуге.“³ Основни институционални модел који Закон о енергетици прописује за заштиту потрошача⁴ јесте поступак који се води пред Агенцијом за енергетику.

Агенција за енергетику јесте регулаторно тело за област енергетике основано у циљу унапређивања и усмеравања развоја тржишта електричне енергије и природног гаса на принципима недискриминације и ефикасне конкуренције, кроз стварање стабилног регулаторног оквира, као и за обављање других послова утврђених законом. Организована као самостални правни субјект независан од органа извршне власти у обављању својих послова, као и од других државних органа и организација, правних и физичких лица која се баве енергетским делатностима,⁵ представља гарант објективности у доношењу одлука, нарочито приликом одлучивања по поднесцима физичких и правних лица у вези са неизвршењем обавеза оператора система, снабдевача на велико електричном енергијом, снабдевача електричном енергијом, снабдевача природним гасом и јавног снабдевача природним гасом.⁶

Уколико утврди да прописану обавезу није испунио, Агенција може, у оквиру своје надлежности, оператору система, снабдевачу на вели-

2 Образложење Закона о енергетици, доступно на адреси: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/4678-14%20-%20LAT.pdf, 08.4.2016. године.

3 Душан Васић, „Правни и економски аспекти заштите потрошача“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2007, 765.

4 Закон о потрошачима, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016, под потрошачем подразумева: физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности (чл. 5, ст. 1, тач. 1). Закон о енергетици пружа заштиту ширем броју лица: физичким и правним лицима у вези са неизвршењем обавеза оператора система, снабдевача на велико електричном енергијом, снабдевача електричном енергијом, снабдевача природним гасом и јавног снабдевача природним гасом у складу са законом (чл. 54, ст. 3, тач. 2).

5 Закон о енергетици, чл. 38.

6 Закон о енергетици, чл. 54, ст. 3, тач. 2.

ко електричном енергијом, снабдевачу електричном енергијом, односно природним гасом и јавном снабдевачу природним гасом, због неизвршења обавеза прописаних законом изрећи: опомену, упозорење или покренути одговарајући поступак пред надлежним судом, све у складу са Правилником о начину вођења поступка и изрицању мера и вођењу регистра изречених мера.⁷

Разлози због којих Агенција може да изрекне опомену, упозорење и покрене судски поступак су таксативно наведени и веома штури у пољењу са разноликошћу животних ситуација, те су потрошачи често принуђени да заштиту својих права издејствују у дуготрајним судским поступцима.

II Судска заштита потрошача – пример члана 200.

„Положај потрошача електричне енергије, као слабије стране у адхезионом уговору, исти је или веома сличан позицији коју имају корисници других производа (услуга) чија испорука (вршење) проистиче из уговора закљученог према општим условима пословања“.⁸ Право на судску заштиту овој групи потрошача изричито прописује Закон о енергетици. Чланом 54, ст. 4. прописано је да Акт Агенције по притужби правних и физичких лица не искључује право незадовољне странке да заштиту права може остварити пред надлежним судом. Поставља се питање на који начин ће странка моћи да оствари судску заштиту уколико се погрешним тумачењем појединих одредби закона њена одговорност за понашање економски јачег учесника на енергетском тржишту претпоставља и објективизира.

1. Угроженост потрошача

Ради лакшег појашњавања могућих ситуација и појава, у овом раду користиће се хипотетички модел три учесника од којих ће први, купац електричне енергије бити означаван као лице А, а оператор дистрибутивног система као лице Б, а гарантовани снабдевач као лице Ц.

Претпоставимо да је лице А купац електричне енергије који уредно измирује своје обавезе по испостављеном рачуну за утрошак електричне енергије. Власник је посебног дела објекта за колективно станова-

⁷ *Сл. гласник РС*, бр. 145/14.

⁸ Драгољуб Симоновић, „Правна заштита потрошача електричне енергије“, *Право и привреда*, бр. 9-12/2001, 120.

ње на другом спрату. Мерно место и мерни уређај се налазе на приземљу у посебном ормару који се не закључава. Уредно је снабдевен иако никада није закључио уговор о снабдевању са снабдевачем. Без његове сагласности, без претходног обавештења, обустављена је испорука електричне енергије, мерни уређај је демонтиран и однешен у време када купац није био у објекту.

Образложење које је лице А, у складу са принципом обавезе обавештавања,⁹ сутрадан успело да добије у пословним просторијама лица Б јесте да је услед неовлашћене потрошње објекат искључен са мреже. Оператор дистрибутивног система – лице Б приликом контроле утврдило неисправност пломби на бројилу, те да је за прикључење и наставак испоруке електричне енергије неопходно да уплати износ за неовлашћену потрошњу обрачунат у складу са главом XII¹⁰ Уредбе о условима испоруке и снабдевања електричном енергијом,¹¹ као и трошкове поновног прикључења.

Из овако постављеног хипотетичког примера може се закључити да је лице Б приликом вршења контроле, било редовне или ванредне,¹² утврдило да постоје услови за искључење објекта крајњег купца са система,¹³ којом приликом је константовало да је основ за искључење оштећење пломбе оператора система. Имајући у виду да је објекат искључен, а да је према одредбама члана 198, ст. 1, тач. 5. реч о неовлашћеној потрошњи, то је лице Б обрачунало износ у складу са Уредбом и затражило од лица А да пре поновног прикључења исти износ плати. Површним посматрањем изнетих чињеница може се закључити да су испуњени су сви законом прописани услови за описано понашање лица Б.

2. Правни дискурс

Законом о енергетици је предвиђено да ће се ближи услови, поступак и начин утврђивања неовлашћене потрошње, садржина записника, права купаца и поступак одлучивања по приговору уредити Уредбом о условима испоруке и снабдевања електричном енергијом у року од годи-

9 Марко Ђурђевић, „Заштита потрошача према општим правилима о закључењу уговора“, *Право и привреда*, бр. 1-4/2009, 272.

10 Глава XII Уредбе носи назив: Начин обрачуна неовлашћено преузете електричне енергије.

11 *Сл. гласник РС*, бр. 63/2013, у даљем тексту: Уредба.

12 Закон о енергетици, чл. 199, ст. 3.

13 Закон о енергетици, чл. 204, ст. 1, тач. 1.

ну дана од дана ступања на снагу закона,¹⁴ а да до ступања на снагу нових подзаконских аката ваља примењивати старе, ако нису у супротности са одредбама закона.

У случају неовлашћене потрошње, оператор преносног, односно дистрибутивног система, извршиће обрачун неовлашћено утрошене електричне енергије и доставити купцу обрачун, на начин и по поступку утврђеном методологијом за обрачун неовлашћено утрошене електричне енергије, коју доноси Агенција, а не Влада РС,¹⁵ дакле нема у томе делу места примени Уредбе. То што Агенција можда није донела одговарајући акт, или јесте а оператор га не примењује, не може ићи на штету лица А.

Надаље, неопходно је направити јасну разлику између појмова: коришћења електричне енергије преко мерног уређаја на коме су оштећене пломбе оператора система; коришћења електричне енергије преко мерног уређаја на коме су оштећене пломбе или са истеклим роком важења жига на пломби овлашћеног тела за оверавање мерила; коришћења електричне енергије преко мерног уређаја који неправилно мери електричну енергију. Само оштећење пломби не може да буде основ обрачуна неовлашћеног коришћења електричне енергије, јер неовлашћеног коришћења није ни било, односно штете нема.

Ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице.¹⁶ Штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење другоме физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета).¹⁷ Погрешним тумачењем члана 200. Закона о енергетици и усвајањем праксе да се купцу у сваком случају неовлашћене потрошње врши обрачун неовлашћено утрошене електричне енергије и доставља купцу на плаћање јесте лоша пракса која иде искључиво на штету потрошача, поготово ако се дистрибутер система позива на методологију утврђену Уредбом, а не на ону коју прописује Агенција за енергетику, како то закон прописује.¹⁸

Чак и у случајевима када је оштећење пломбе настало искључиво кривицом крајњег купца, односно потрошача, оператор система нема

14 Закон о енергетици, чл. 199, ст. 8, чл. 214, чл. 393.

15 Закон о енергетици, чл. 200, ст. 1.

16 Закон о облигационим односима – ЗОО, чл. 154, ст. 1.

17 ЗОО, чл. 155.

18 Закон о енергетици, чл. 200, ст. 1.

право да условљава потрошача да надокнади трошкове поправке мерног уређаја пре наставка испоруке, или прикључења објекта. Овакав закључак произилази из става законодавца израженог у чл. 201, ст. 5. којим се намеће дужност оператору да у случају оштећења пломби, целокупно мерно место (са мерним уређајима) доведе у технички исправно стање о сопственом трошку. Дакле, законодавац објективизира одговорност оператора за исправност уређаја те за прикључење објекта није од значаја на који начин и чијом кривицом је настало оштећење пломби.

Законодавац неовлашћеном потрошњом сматра и коришћење електричне енергије без одобрења за прикључење; коришћење електричне енергије са одобрењем за прикључење пре испуњења услова за прикључење; коришћење електричне енергије након извршене обуставе испоруке електричне енергије; коришћење електричне енергије без мерног уређаја, мимо мерног уређаја, или преко мерног уређаја на коме је онемогућено правилно мерење; и самовласна замена уређаја којом се утиче на тачност мерења преузете електричне енергије.¹⁹ Наведени разлози могу се сврстати у две категорије. Прва се односи на техничке недостатке које је неопходно отклонити да би се предупредио настанак штете, односно коришћење електричне енергије без адекватног мерења и плаћања накнаде. Друга група разлога се односи на евидентно коришћење електричне енергије мимо исправних уређаја у којим случајевима настаје штета у виду потрошене а неплаћене електричне енергије која се мора обрачунати и наплатити потрошачу. Право да одређује висину штете дато је оператору система и он то право не сме злоупотребљавати. Злоупотреба се може вршити на два начина.

Прво, оператор система може вршити обрачун неовлашћене потрошње електричне енергије и у случајевима када нема доказа да је до потрошње електричне енергије супротно прописима и дошло (само оштећење пломбе на пример, без доказа о нетачности мерења).²⁰

Друго, оператор система може вршити обрачун применом погрешног прописа (примена Уредбе уместо методологије Агенције), или неправилном применом адекватног прописа.

19 Закон о енергетици, чл. 198.

20 Из образложења Решења Основног суда у Нишу 5 ИПВ (И) бр. 144/2015 од 29.2.2016. године, произилази да суд прихвата одредбе Уредбе о условима испоруке и снабдевања електричном енергијом које потврђују да је неопходно да је испуњен услов за обрачун неовлашћене потрошње, односно да се у контроли мерног уређаја утврди неправилност регистравања утрошене електричне енергије.

Оператор може начинити и грешке у процедури. Чланом 199. Закона о енергетици начелно је прописан поступак редовне и ванредне контроле. Може се вршити контрола мерног места и/или самог мерила. Контролу мерног места врши оператор система, али он нема право да врши контролу мерила. Контролу мерила врши овлашћено тело за оверавање мерила.²¹ Дакле, не може се на основу записника који сачињава оператор система у коме се константује неправилност на мерилу извршити задуживање за неовлашћену потрошњу потрошача у пословним књигама, јер у том случају може доћи до даљих урушавања права потрошача.

Задуживањем потрошача у пословним књигама, исказује се дуг за неовлашћену потрошњу у рачуну који фактички дуг према снабдевачу електричне енергије - лице Ц у датом примеру. Уколико се изврши искључење објекта са мреже и уједно упише дуг на основу неовлашћене потрошње без извештаја овлашћеног тела за оверу мерила, наноси се директна штета потрошачу.

Прво, потрошач нема право да закључи уговор о снабдевању са другим снабдевачем, јер постоји обавеза према претходном који задужује потрошача за износ неовлашћене потрошње.²² За све време, уколико не исплати неосновано утврђен дуг, потрошач не може да се редовно снабдева електричном енергијом.

Друго, потрошач је у „некој врсти стања нужде, јер му је електрична енергија неопходна“.²³ Уколико жели да се његов објекат прикључи на електроенергетску мрежу а истовремено не жели да плати дуг који му је наметнут, принуђен је да покрене судски поступак и себе излаже трошковима како би остварио своја права. У том смислу законодавац можда није довољно сагледао економску снагу потрошача. Чланом 207. Закона о енергетици упућује се потрошач, да ако није задовољан одлукама донетим по приговорима, рекламацијама, захтевима и жалбама своја права може остварити у судском поступку, али при томе не узима у обзир да често по тим приговорима одлучују оператор, односно дистрибутер, који су по природи ствари у блиском пословном односу, да је надлежност Агенције врло ограничена, тако да је тешко обезбедити непристрасност у

21 Ступањем на снагу Закона о метрологији, *Сл. гласник РС*, бр. 15/16, 4.3.2016. године, надлежност за послове овлашћивања тела за оверавање мерила пренета је на Дирекцију за мере и драгоцене метале која води регистар овлашћених тела за оверавање мерила.

22 Закон о енергетици, чл. 197, ст. 1.

23 Оливера Долић, „Правна природа односа између електропривреде и потрошача поводом испоруке електричне енергије“, *Право и привреда*, бр. 5-8/1998, 854.

одлучивању, поготово када је реч о тумачењу прописа. Излагање додатним судским трошковима, евентуално пресељење услед непостојања основних услова за живот, често су за потрошача тешко премостива препрека, те се потрошачи одлучују да прихвате одлуке оператора и плате оно што по својој природи представља злоупотребу права која води неоснованом обогаћењу. Друга опција јесте остваривање права у судском поступку.

3. Судска заштита

Поступак у коме се може остварити судска заштита у конкретном случају уређен је правилима парничког поступка. Међутим, с обзиром на ефикасност судова и штету коју потенцијално трпи потрошач, пракса је у складу са Законом о извршењу и обезбеђењу уредила да се почетак судске заштите управо остварује у извршном поступку, дакле дозволом привремене мере пре покретања самог парничног поступка.

Надлежан за одлучивање по предлогу за дозволу привремене мере поднет од стране потрошача физичког лица јесте основни суд, односно судија појединац који одлучује у извршном поступку.

Привремена мера може се одредити кад извршни поверилац учини вероватним да је мера потребна да би се спречила употреба силе или настанак ненадокнадиве штете.²⁴ У конкретном случају настанак штете није споран, те основни судови усвајају предлоге за дозволу привремене мере под условом да нема других дуговања према снабдевачу, односно оператору (осим обрачунатих за неовлашћену потрошњу).

Поједина решења Закона о заштити потрошача²⁵ потврђују исправност овакве праксе. Чланом 86. Закона, утврђено је право трговца да обустави пружање услуга од општег економског интереса ако потрошач не измири своје текуће обавезе за пружене услуге у року од два месеца од дана доспелости обавезе. Дакле, није реч о ванредно обрачунатим обавезама, већ текућим – редовна потрошња. Пре саме обуставе пружања услуга, трговац је дужан да потрошача у писаном или електронском облику

24 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 - други закон, 109/2013 - Одлука УС РС, 55/2014 и 139/2014, чл. 296, ст. 2. од 1.7.2016. године, када ступа на снагу нови Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015, чл. 449, ст. 3. биће неопходно да извршни поверилац учини вероватним да би без привремене мере испуњење његовог потраживања било осујећено или знатно отежано или да ће бити употребљена сила или настати ненадокнадива штета.

25 *Службени гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016 – други закон.

упозори на потрошачеву обавезу по основу уговора и позове га да измири заостале обавезе у року који не може бити краћи од 30 дана од дана достављања упозорења. Иако потрошач нема закључен уговор са снабдевачем, сматра се да такав уговор постоји и то уговор о потпуном снабдевању.²⁶ Стога је став судова исправан и правно утемељен.

Међутим, чак и по доношењу Решења којим се одређује привремена мера, потрошачи, у судском извршном поступку извршни повериоци, се морају обратити јавним извршитељима ради спровођења исте, што изискује додатно време и додатне трошкове. Разлози за добровољно неиспуњење обавезе утврђене Решењем могу бити различити. Пре свега, могући проблем може бити у експедицији судске одлуке. Наиме, могуће је да извршни поверилац (потрошач) прими одлуку пре извршног дужника. Друго, могуће је кашњење у спровођењу судских одлука код самог извршног дужника услед великог обима посла и разгранате мреже, те је могуће да од пријема одлуке до њене реализације одлука треба да прође неколико нивоа пословних процеса у оквиру самог извршног дужника, што није од битног значаја за потрошача. На послетку, могуће је да извршни дужник има индиферентан однос према судским одлукама и не жели да их спроводи, што је мало вероватно.

Пракса је да судови остављају најчешће рок од 30 дана за подношење тужбе против извршног дужника, односно лица Б у почетно датом примеру. Најчешће постављано питање у овој фази остваривања права потрошача јесте кога тужити, односно да ли су оператор система и снабдевач нужни супарничари? Оператор дистрибутивног система електричне енергије је енергетски субјект који обавља делатност дистрибуције електричне енергије и управљања дистрибутивним системом електричне енергије, одговоран је за рад, одржавање и развој дистрибутивног система на одређеном подручју, његово повезивање са другим системима и за обезбеђење дугорочне способности система да испуни потребе за дистрибуцијом електричне енергије на економски оправдан начин. Гарантовани снабдевач је снабдевач који обезбеђује јавну услугу гарантованог снабдевања и који од повлашћених произвођача откупљује електричну енерги-

26 Закон о енергетици, чл. 190, ст. 2 и 3. Овај став је прихваћен и у судској пракси. У Решењу Основног суда у Нишу IИ 3658/16 од 9.3.2016. године, суд је у образложењу Решења којим је усвојио предлог за одређивање привремене мере осим наведеног члана цитирао и одредбу члана 86, ст. 5. Закона о заштити потрошача: „Забрањено је да трговац обустави пружање услуге снабдевања топлотном енергијом, односно снабдевања електричном енергијом или гасом којима се потрошач снабдева ради грејања током трајања грејне сезоне, ако у домаћинству живи угрожени потрошач због узраста, посебних потреба или болести“.

ју, и обавља послове који се односе на спровођење подстицајних мера у складу са законом.²⁷ Одлуку о обустави електричне енергије, односно о искључењу објекта у датом примеру је донео оператор (лице Б) без захтева снабдевача (лице Ц). Нужно супарничарство постоји ако по закону или због природе правног односа тужбом морају да се обухвате сва лица која су учесници материјалноправног односа.²⁸ Имајући у виду да дистрибутер обезбеђује услове а снабдевач снабдева енергијом, може се доћи до закључка да лице Б и Ц јесу нужни супарничари. Међутим, судска пракса демантује овакав закључак. На седници одељења Привредног апелационог суда²⁹ заузет је став да је реч о јединственим а не нужним супарничарима. Из самог става произилази да би се другачије могло закључити у ситуацији из чл. 201, ст. 1, тач. 4. Закона о енергетици када оператор система обуставља испоруку по захтеву снабдевача.

Дакле, подношењем тужбе само према оператору не ризикује се одбијање тужбеног захтева, према мишљењу судске праксе, међутим, имајући у виду да је реч о јединственим супарничарима, неопходно је да се спорни однос одреди и према лицу Б и према лицу Ц из примера.

III Закључак

Закон о енергетици дао је правни основ оператору система да стане на пут самовољи несавесних потрошача. Ипак, примена закона не сме да прерасте у репресију према свим потрошачима код којих се наиђе и на најмањи технички проблем или техничку неправилност. Сваки потрошач је појединац и не може се на њега преваљивати колективна кривица несавесних потрошача. Не могу се под велом примене закона подржавати погрешна тумачења иначе добрих прописа. Било да је реч о члану 200. Закона о енергетици или другим члановима, осим језичког, ваља применити циљно, системско и сваки други вид тумачења да би се сазнала права воља законодавца. Уједно, мора се поштовати процедура која је и осмишљена да не би дошло до повреде права потрошача. Само на тај на-

27 Закон о енергетици, чл. 2.

28 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 - Одлука УС РС, 74/2013 - Одлука УС РС, 55/2014, Одлука - УС РС - 15/2015, чл. 211, ст. 1.

29 Одговори на питања привредних судова, утврђени на седницама Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда, 3.11.2015, 4.11.2015. и 26.11.2015. и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове, 30.11.2015, а у вези примене Закона о парничном поступку, чл. 211, доступно на адреси: www.propisi.net.

чин примена закона ће дати резултате и приближити Републику Србију стандардима који се очекују од кандидата за приступ Европској унији.

Žarko DIMITRIJEVIĆ, PhD

(IN)ABILITY OF CONSUMER RIGHTS PROTECTION DUE TO ARBITRARILY INTERPRETATION OF ARTICLE 200 OF LAW OF ENERGETICS

Summary

Modern solutions envisaged in the Energy law of the Republic of Serbia have considerably contributed to the development of the energy market and created conditions for its autonomous functioning. However, some solutions prescribed by this law have not been precisely defined and have therefore left space for possible misuse of legal authority to the detriment of consumers, especially by those market participants with a preferential market position. It is up to the opposing, economically weaker party to prove any instance of possible misuse. Legal proceedings could be quite lengthy, and since the legal practice is not uniform, the outcome is uncertain. The glaring example is a contentious interpretation and wrong application of the article 200 of the Energy law, leading to the violation of the end-consumer protection principle, which most definitely is not in line with the National programme for the adoption of the EU Acquis (NPAA).

Key words: *disruption of supply, consumer protection, supplier, judicial protection, system operator, electric power cut.*

Маша МИШКОВИЋ, мастер
студент докторских студија Правног факултета Универзитета
у Београду

ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА ПОТРОШАЧА ПО ОСНОВУ НЕСАОБРАЗНОСТИ РОБЕ

Резиме

У овом раду аутор разматра права потрошача према новом Закону о заштити потрошача из 2014. године, која потрошач може остваривати у случају несаобразности робе уговору. Остваривање права потрошача подразумева изјављивање рекламације продавцу уз захтев за отклањање несаобразности на један од законом предвиђених начина. Аутор пореди права, која потрошач има по Закону о заштити потрошача са правима, која има по Закону о облигационим односима и Бечкој конвенцији, уз навођење и одређених упоредноправних решења. Поред тога, скреће се пажња на остваривање права потрошача, када постоји гаранција за исправно функционисање робе, уз разматрање која лица су одговорна по основу гаранције. Коначно, аутор указује на практичне проблеме у остваривању права потрошача, који се тичу улоге удружења и савеза за заштиту потрошача, овлашћења тржишне инспекције, вансудског начина решавања потрошачких спорова и права на судску заштиту.

Кључне речи: несаобразност робе, одговорност за несаобразност, права потрошача, остваривање права потрошача.

I Права потрошача по основу несаобразности робе

1. Појам (не)саобразности робе

Закон о облигационим односима¹ говори о материјалним недостацима, које је ствар имала у часу преласка ризика и о одговорности продавца за материјалне недостатке. Ипак, помиње се и израз „саобразност”, али само за саобразност ствари узорку или моделу (ЗОО, чл. 479, ст. 1, тач. 4).

1 Закон о облигационим односима – ЗОО, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

У Бечкој конвенцији² на српском језику користи се термин „саобразност робе”. Међутим, енглески термин *conformity* потиче од латинске речи *conformatio* што значи усаглашавање, усклађивање, прилагођавање, тако да би српски термин за *conformity* био усаглашеност.³ У немачком праву користи се израз „недостатак ствари“ (*Sachmangel*)⁴ и описна формулација обавезе продавца – обавеза испоруке ствари без недостатка (*Verpflichtung zur Leistung einer mangelfreien Sache*).⁵

И у Скици за законик о облигацијама и уговорима проф. Константиновића се користи израз „саобразност“, али као и у ЗОО, само за саобразност ствари узорку или моделу. Коришћење израза „саобразност“ чини се оправданим само у том случају, јер би се могло рећи да „саобразан“ значи „усаглашен са образцем“, а узорак и модел се могу схватити као „образац“. Дакле, термин „саобразност“ би био адекватан термин само за усаглашеност робе са узорком или моделом, не и за остале случајеве (не)усаглашености. Због тога се термин „саобразност“ из Закона о заштити потрошача⁶ и српске верзије Бечке конвенције може окарактерисати као непрецизан и узак, с обзиром на то да не обухвата само усаглашеност са узорком и моделом, већ и друге случајеве неусаглашености робе.

У овом раду се ипак користи термин „саобразност“, односно „не-саобразност“ робе, имајући у виду да је то законски термин из Закона о заштити потрошача и да је постао уобичајен како у усменим излагањима, тако и у литератури. Ипак, треба имати у виду да би правилан термин био „усаглашеност“ или „усклађеност“.

Продавац има обавезу да испоручи робу, која је саобразна уговору.⁷ Претпоставља се да је испоручена роба саобразна уговору:

- ако одговара опису који је дао продавац и ако има својства робе коју је продавац показао потрошачу као узорак или модел;

2 Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*; даље у тексту: Бечка конвенција), познатија као „The CISG“. Донета је на дипломатској конференцији у Бечу 11. априла 1980. и ступила на снагу 1. јануара 1988. године. Подаци доступни на сајту Комисије УН за међународно трговинско право: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, 27.3.2016.

3 Проф. Небојша Јовановић користи термин усаглашеност / неусаглашеност ствари са уговором. Вид. Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015, 193-202.

4 Dietrich Reinicke, Klaus Tiedtke, *Kaufrecht*, München, 2004, 116-153.

5 *Ibid*, 81-82.

6 Закон о заштити потрошача – ЗЗП, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2014.

7 ЗЗП, чл. 50, ст. 1.

- ако има својства потребна за нарочиту употребу за коју је потрошач набавља, а која је била позната продавцу или му је морала бити позната у време закључења уговора;
- ако има својства потребна за редовну употребу робе исте врсте;
- ако по квалитету и функционисању одговара ономе што је *уобичајено* код робе исте врсте и што потрошач *може основано да очекује*, с обзиром на природу робе и јавна обећања о посебним својствима робе дата од стране продавца, произвођача или њихових представника, нарочито ако је обећање учињено путем огласа или на амбалажи робе.⁸

Случајеви саобразности из ЗЗП постоје и у ЗОО, са разликом што ЗЗП на позитиван начин одређује каква треба да буде роба да би била саобразна уговору,⁹ док ЗОО одређује у којим ситуацијама постоји недостатак.¹⁰ *Бечка конвенција* поступа исто као ЗОО и изричито наводи када роба *није саобразна* уговору.¹¹ Још једна разлика ЗЗП у односу на ЗОО је посебан случај саобразности робе – ако роба по квалитету и функционисању одговара ономе што је *уобичајено* код робе исте врсте и што потрошач *може основано да очекује*. Овај случај саобразности робе одговара формулацији, која се користи у *енглеском праву*,¹² као и у *Бечкој конвенцији*: роба није саобразна уговору, ако није подобна за сврхе за које се роба исте врсте *уобичајено користи*.¹³ То значи да роба мора бити погодна за трговинску сврху (*commercial purposes*), односно да је, на првом месту, могуће продати (*resell*).¹⁴ Исту формулацију садржи и *Руски грађански законик*: продавац је обавезан да испоручи купцу робу подобну за сврхе, за

8 ЗЗП, чл. 50, ст. 2.

9 Енглеско право такође на позитиван начин одређује каква треба да буде роба (задовољавајућег квалитета – *satisfactory quality*) и шта је задовољавајући квалитет. Роба је задовољавајућег квалитета, ако задовољава стандарде, које би разумно лице сматрало задовољавајућим, узимајући у обзир опис робе, цену (ако је релевантна) и све друге релевантне околности. Вид. Закон о продаји и испоруци робе из 1994 (*Sale and Supply of Goods Act 1994*; даље у тексту: SSGA), чл. 14 (2А).

10 Упор. ЗЗП, чл. 50, ст. 2 и ЗОО, чл. 479.

11 Бечка конвенција, чл. 35, ст. 2.

12 Британски Закон о продаји робе из 1979. (*Sale of Goods Act 1979*; даље у тексту: SGA) предвиђа да роба мора бити подобна за *сврху* за коју се роба те врсте уобичајено купује, док Закон о продаји и испоруци робе из 1994. предвиђа да роба мора бити подобна за *све сврхе* за које се роба такве врсте уобичајено купује; вид. чл. 14(2Б) SSGA.

13 Бечка конвенција, чл. 35 ст. 2 тач. а.

14 Ingeborg Schwenzer, "Article 35", *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. IngeborgSchwenzer), NewYork, 2010, 575.

које се роба такве врсте уобичајено користи.¹⁵ *Немачки грађански законик* такође помиње уобичајену употребу (*gewöhnliche Verwendung*). Просечни потрошач посматра на који начин може употребити ствари исте врсте, те ствар има недостатке, ако се не може употребити на такав (уобичајени) начин.¹⁶

Поставља се питање због чега је ЗЗП раздвојио случајеве *редовне* и *уобичајене* употребе робе, односно предвидео да је роба саобразна уговору, ако има својства потребна за *редовну употребу* робе исте врсте, с једне стране, а с друге стране, ако одговара ономе што је *уобичајено* код робе исте врсте и што потрошач може *основано да очекује*. Иако су ова два случаја саобразности робе раздвојена, односно предвиђена у различитим тачкама, чини се да се односе на један исти случај несаобразности, имајући у виду да се „својства потребна за редовну употребу робе“ и одговарање „ономе што је уобичајено код робе исте врсте“ могу третирати као синоними. У ЗОО, Скици проф. Константиновића, Бечкој конвенцији, енглеском и америчком праву, Немачком грађанском законнику и Руском грађанском законнику помиње се или подобност за редовну употребу или подобност за уобичајену употребу. Могуће је да је законодавац код ЗЗП желео да нагласи други део формулације о уобичајеној употреби робе: роба је саобразна уговору, ако одговара ономе што потрошач може основано да очекује, с обзиром на природу робе и јавна обећања о посебним својствима робе дата од стране продавца, произвођача или њихових представника, нарочито ако је обећање учињено путем огласа или на амбалажи робе. Ова формулација се налази у ЗЗП како би се потрошачи додатно заштитили у случају јавних обећања продавца о посебним својствима робе, посебно ако су учињена путем огласа или на амбалажи робе, односно како би случај јавних обећања продавца био изричито прописан законом.¹⁷ У сваком случају, предвиђање у истој тачки онога што је „уобичајено код робе исте врсте“ је

15 Грађански законик Руске Федерације (Гражданский кодекс Российской Федерации; даље у тексту: ГК РФ), чл. 469 ст. 2.

16 D. Reinicke, K. Tiedtke, 128.

17 У члану 51 ставу 5 ЗЗП наведено је да продавац није везан јавним обећањем погледу својстава робе у три случаја: прво, ако није знао или није могао знати за дато обећање; друго, ако је пре закључења уговора објављена исправка обећања; и треће, ако обећање није могло утицати на одлуку потрошача да закључи уговор. У вези са првим случајем поставља се питање како је могуће да продавац није знао или није могао знати за јавно обећање, које је сам дао. Могло би се закључити да се овде мисли на незнање продавца о обећању, које је дало треће лице (нпр. произвођач). Међутим, и таква ситуација је тешко замислива, јер ће трговац у највећем броју слушајева знати за обећања која је произвођач дао, с обзиром на то да продаје робу коју је произвођач произвео.

непотребно, имајући у виду да је та ситуација „покривена“ редовном употребом из претходне тачке истог става.

2. Одговорност за несаобразност

Продавац по самом закону одговара за саобразност робе уговору. У мишљењу Министарства трговине се истиче да Закон не прописује обавезу продавца да сачини изјаву о саобразности и преда је потрошачу.¹⁸ Чини се да је ова констатација непотребна, имајући у виду да се обавеза саобразности заснива на закону, па би сачињавање изјаве продавца о саобразности робе свакако било бесмислено.

Продавац одговара за несаобразност испоручене робе у три случаја: прво, ако је несаобразност постојала у часу преласка ризика на потрошача, без обзира на то да ли је за ту несаобразност продавац знао; друго, ако се несаобразност појавила после преласка ризика на потрошача, ако потиче од узрока који је постојао пре преласка ризика на потрошача; треће, ако је продавац изјавио да је роба саобразна уговору, иако ју је потрошач могао лако уочити.¹⁹ Продавац неће одговорати за несаобразност, ако је потрошач био несавестан, односно ако је у тренутку закључења уговора потрошачу било познато или му није могло остати непознато да роба није саобразна уговору или ако је узрок несаобразности у материјалу који је дао потрошач.²⁰

а) Рекламација потрошача

Да би потрошач остваривао своја права, односно да би користио правна средства у случају повреде уговора у облику испоруке несаобразне робе, потребно је да обавести продавца о евентуалним недостацима.²¹ Обавеза прегледа робе и обавештавања продавца о недостацима постоји у члану 481. ЗОО, као и у Бечкој конвенцији (чл. 38. и 39. Бечке конвенције) и у *common law* систему.²²

18 Мишљење Министарства трговине, туризма и телекомуникација, бр. 011-00-545/2014-03 од 19.1.2015, доступно у правној бази *ParagrafLex*, 29.3.2016.

19 ЗЗП, чл. 51, ст. 1.

20 ЗЗП, чл. 51, ст. 3.

21 О обавештењу о несаобразности у домаћем и међународном праву вид. Сандра Фишер-Шобот, „Појам, садржај и форма обавештења о несаобразности робе у међународном и домаћем праву”, *Право и привреда*, бр. 4-6/2010, 435-449.

22 У енглеском праву купац није ни дужан да прихвати робу, ако није имао разумну могућност да је прегледа, како би утврдио да ли је роба саобразна уговору. Вид. SGA, чл. 34, ст. 1.

ЗЗП у члану 56. предвиђа институт рекламације,²³ коју потрошач може да изјави продавцу ради остваривања својих права. Потрошач може да изјави рекламацију усмено на продајном месту где је роба купљена, односно другом месту које је одређено за пријем рекламација, телефоном, писаним путем, електронским путем, односно на трајном носачу записа, уз доставу рачуна на увид или другог доказа о куповини (на пример, копија рачуна). Продавац је дужан да води евиденцију примљених рекламација и да је чува најмање две године од дана подношења рекламације потрошача (ЗЗП, чл. 56, ст. 4.).²⁴ Продавац, такође, мора издати потрошачу писану потврду о пријему рекламације или електронски потврдити пријем рекламације, односно мора потрошачу саопштити број, под којим је заведена његова рекламација у евиденцији примљених рекламација (ЗЗП, чл. 56, ст. 5.). Продавац је дужан да писаним или електронским путем одговори потрошачу на изјављену рекламацију без одлагања, а најкасније у року од осам дана од дана пријема рекламације. Одговор продавца на рекламацију мора да садржи одлуку да ли прихвата рекламацију потрошача, изјашњење о захтеву потрошача, као и конкретан предлог и рок за решавање рекламације, који не може бити дужи од 15 дана од дана подношења рекламације, односно 30 дана за техничку робу и намештај (ЗЗП, чл. 56, ст. 7.). Нејасно је шта подразумева „предлог и рок за решавање рекламације“, односно поставља се питање да ли решавање рекламације подразумева отклањање мане односно замену или враћање ствари или је то само предлог како даље да се поступи.

Ако добије претходну сагласност потрошача, продавац је дужан да поступи у складу са одлуком, предлогом и роком за решавање рекламације (ЗЗП, чл. 56, ст. 8.). Могуће је једном извршити продужење рока за решавање рекламације, ако продавац из објективних разлога није у могућности да удовољи захтеву потрошача, али је о продужавању рока за решавање рекламације дужан да обавести потрошача и наведе рок у коме ће је решити, као и да добије сагласност потрошача, што је у обавези да евидентира у евиденцији примљених рекламација (ЗЗП, чл. 56, ст. 9.).

23 „Рекламација“ је законски термин (из Закона о заштити потрошача), али би за овај институт боље било користити српски термин „приговор“, „примедба“ или „протест“.

24 Ако продавац не води и не чува евиденцију примљених рекламација потрошача, казниће се за прекршај новчаном казном у износу од 300.000 до 2.000.000 динара. Вид. ЗЗП, чл. 160, ст. 1, тач. 32.

б) Захтев за отклањање несаобразности

Захтев за отклањање несаобразности подразумева права, која потрошач има према продавцу, ако је добио несаобразну робу и обавестио продавца о несаобразности те робе. Продавац је одговоран за несаобразност, која се појави у року од две године од дана преласка ризика на потрошача,²⁵ али се код половне робе може уговорити краћи рок у коме продавац одговара за несаобразност, али не краћи од једне године.²⁶ Наведени рокови не теку у периоду, који продавац користи за отклањање несаобразности.²⁷ Ако се несаобразност појави у року од шест месеци од дана преласка ризика на потрошача, претпоставља се да је несаобразност постојала у моменту преласка ризика, осим ако је то у супротности са природом робе и природом одређене несаобразности.²⁸ Иста одредба постоји и у енглеском подзаконском акту о продаји и испоруци робе потрошачима из 2002. године (*The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002*). Ова одредба има за циљ пребацивање терета доказивања са купца на продавца, односно продавац мора доказати да је роба била саобразна у моменту испоруке.²⁹

Према члану 52. ЗЗП потрошач, који је продавца обавестио о несаобразности, има три права: право да од њега захтева отклањање несаобразности без накнаде, право на умањење цене и право на раскид уговора у погледу те робе. Потрошач има право да захтева отклањање несаобразности оправком или заменом, при чему има право да *бира* да трговац отклони несаобразност робе оправком *или* заменом. Ако се несаобразност појави у року од шест месеци од дана преласка ризика на потрошача, за отклањање несаобразности оправком потребна је *изричита сагласност потрошача*. У пракси, посебно код техничких уређаја и опреме, продавац потрошачу најчешће намеће оправку ствари са недостатком и одбија да изврши замену пре него што се покуша са оправком несаобразне ствари. Треба напоменути да не само да је потребна изричита сагласност потрошача за оправку ствари, већ потрошач има право да бира између захтева да се несаобразност отклони заменом, одговарајућим умањењем цене или да изјави да раскида уговор, ако се несаобразност појави у року од шест месеци од преласка ризика на потрошача. Ово из разлога

25 ЗЗП, чл. 53, ст. 1.

26 ЗЗП, чл. 53, ст. 3.

27 ЗЗП, чл. 53, ст. 4.

28 ЗЗП, чл. 53, ст. 2.

29 Denis Keenan, Sarah Riches, *Business Law*, Harlow, 2006, 328.

што постоји претпоставка да је несаобразност постојала у тренутку преласка ризика, ако настане у року од шест месеци од дана преласка ризика на потрошача.

Потрошач има право да захтева одговарајуће умањење цене или раскид уговора (дакле, може да бира које од ова два права ће остваривати), ако отклањање несаобразности оправком или заменом није могуће. Сматра се да оправка или замена није могућа када:³⁰

- несаобразност не може да се отклони оправком или заменом уопште нити у примереном року;
- потрошач не може да оствари право на оправку или замену, односно ако продавац није извршио оправку или замену у примереном року;
- оправка или замена не могу да се спроведу без значајнијих непогодности за потрошача због природе робе и њене намене;
- отклањање несаобразности оправком или заменом представља несоразмерно оптерећење за продавца.³¹

Потрошач поред наведених права има и право да захтева накнаду штете, која потиче од несаобразности робе, у складу са општим правилима о одговорности за штету.³² У формулацији става 3. члана 52. ЗЗП се може приметити једна термилошка непрецизност. ЗЗП наводи да потрошач има право да *захтева* одговарајуће умањење цене или *раскид уговора*. Наиме, у нашем праву постоји вансудско раскидање уговора због неиспуњења, које наступа простом изјавом воље.³³ Није потребно да потрошач захтева раскид уговора, већ може раскинути уговор изјавом воље. Стога би формулација требало да гласи: потрошач има право да захтева одговарајуће умањење цене или да изјави да раскида уговор. Испоравна формулација је употребљена у ставу 7. члана 52.

Дакле, ЗЗП поставља алтернативно право на умањење цене и право на раскид уговора, које потрошач може остваривати, ако отклањање

30 ЗЗП, чл. 52, ст. 3. тач. 1-4.

31 Несоразмерно оптерећење за продавца постоји, ако у поређењу са умањењем цене и раскидом уговора ствара претеране трошкове, узимајући у обзир вредност робе коју би имала да је саобразна уговору, значај саобразности у конкретном случају и да ли се саобразност може отклонити без значајних непогодности за потрошача. Вид. ЗЗП, чл. 52, ст. 4.

32 ЗЗП, чл. 52, ст. 12.

33 Правно схватање Седнице Грађанског одељења Врховног суда Србије од 29.1.1991, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2008, 174; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1996, 332.

несаобразности није могуће оправком или заменом. Ограничење које постоји у погледу права на раскид уговора је немогућност раскида уговора, ако је несаобразност робе незнатна.

Иста права купца наводи и ЗОО: право да захева испуњење уговора (уклањање недостатка или предаја друге ствари без недостатка), снижење цене и раскид уговора, и као супсидијерно право – право на накнаду штете.³⁴ По питању избора начина за отклањање материјалног недостатка ствари постоје различити системи. Према *Немачком грађанском законнику* купац може изабрати једно од предвиђених права, ако ствар има недостатак: прво, да тражи испуњење уговора (отклањање недостатка или испорука друге ствари без недостатка);³⁵ друго, да раскине уговор или тражи смањење цене; треће, да захтева накнаду штете.³⁶ Купац може тражити смањење цене (*Minderung*) *уместо* раскида уговора.³⁷ То значи да се за смањење цене морају задовољити исти услови као за раскид уговора (претходно остављање додатног рока за испуњење уговора).³⁸

У енглеском праву права купца у случају испоруке ствари са недостатком зависе од тога да ли се таква повреда уговора сматра повредом услова (*condition*) или повредом гаранције/тврдње (*warranty*). У случају повреде услова, односно битне повреде уговора, купац има право на раскид уговора и накнаду штете, док у случају повреде тврдње, односно небитне повреде уговора, има право на снижење цене и на накнаду штете.³⁹ Дакле, англосаксонско право познаје систем јединствене одговорности, јер у основи постоји јединствени систем санкција за повреде свих уговорних обавеза, зависно од тога да ли је у питању битна или небитна повреда уговора.⁴⁰ У енглеском праву се неусаглашеност физичких својстава ствари са уговором најчешће сматра повредом услова, односно битном повредом уговора, па је продавчева одговорност по овом основу објективна, јер се не тражи продавчева кривица да би био одговоран.⁴¹ Међутим, Закон о продаји и испоруци робе из 1994. године је предвидео да ће се повреда услова сматрати повредом гаранције, дајући купцу само право на накнаду штете, под условом да продавац докаже да је повреда

34 ЗОО, чл. 488.

35 Немачки Грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*; даље у тексту: BGB), пар. 439(1).

36 BGB, пар. 437.

37 BGB, пар. 441(1).

38 D. Reinicke, K.Tiedtke, 188.

39 Н. Јовановић, 193.

40 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2014, 97.

41 *Ibid.*

толико мала (*soslight*) да би било неразумно (*unreasonable*) да је купац-трговац одбије. Купци-потрошачи имају право да раскину уговор и због најмање повреде услова.⁴² У енглеском праву се разликује потрошачка продаја од непотрошачке, јер купац-потрошач поред права која има код непотрошачке продаје,⁴³ има и додатна права: право на оправку или замену (*repair or replacement*) и право на снижење цене или раскид уговора (*reduction of the purchase price or rescission⁴⁴ of the contract*),⁴⁵ осим ако је поправка или замена ствари немогућа или претерано строга за продавца због њене несразмере у поређењу са снижењем цене или раскидом уговора.⁴⁶ Дакле, енглеско право (као и наше) алтернативно поставља право на оправку и замену, с једне стране, као и право на раскид уговора и снижење цене, с друге стране.⁴⁷

Руски грађански законик предвиђа да купац има право да бира које ће право остварити, ако се не ради о битној повреди у погледу квалитета производа: прво, сразмерно смањење цене; друго, отклањање недостатака робе у разумном року; и треће, накнада трошкова које је имао како би отклонио недостатке.⁴⁸ Ако је у питању битна повреда (*существенное нарушение*) у погледу квалитета производа, купац има право да бира између раскида уговора (уз повраћај плаћене цене) и замене ствари.⁴⁹

Нацрт Грађанског законика Републике Србије предвиђа да ако купац не добије захтевано испуњење уговора у разумном року, он задржава право да раскине уговор или да снизи цену.⁵⁰ Купац може раскинути уговор само ако је претходно оставио продавцу накнадни примерени рок за испуњење уговора⁵¹ или ако материјални недостатак представља

42 D. Keenan, S. Riches, 327.

43 Купчева права на заштиту у непотрошачкој продаји су: право да одбије робу и раскине уговор, право на накнаду штете због неиспоруке, право на посебно испуњење/извршење и право на накнаду штете због повреде гаранције. Вид. SGA, чл. 51, ст. 1, чл. 52, ст. 2 и чл. 53, ст. 3.

44 За појам *rescission* вид. Johnatan Law, Elizabeth A. Martin, *Oxford Dictionary of Law*, Oxford, 2013, 473.

45 D. Keenan, S. Riches, 328.

46 Н. Јовановић, 197.

47 О правима купца у *common law* ситему више вид. Маша Мишковић, *Уговор о продаји у англосаксонском праву*, Београд, 2014, 90-105.

48 ГК РФ, чл. 475, ст. 1.

49 ГК РФ, чл. 475, ст. 2. За основна правила уговора о продаји у руском праву вид. Svetlana Porova, „Chapter 3-Core Business Contracts“, (eds. Evgeny Gubin, Alexander Molotnikov), *Russian Business Law*, Moscow, 2016, 100-105.

50 Нацрт ГЗ, чл. 700.

51 Нацрт ГЗ, чл. 701, ст. 1.

битну повреду уговора.⁵² Овде се види да је Нацрт предвидео исто решење у погледу раскида уговора као Бечка конвенција. Ако купац није постигао извршење уговора, нити је раскинуо уговор, има право на снижење цене.⁵³ Дакле, у Нацрту право на снижење цене није постављено алтернативно са раскидом уговора, већ је смањење цене право купца, које му преостаје, ако не раскине уговор.

Према ЗОО, ако купац не добије захтевано испуњење уговора у разумном року, задржава право да раскине уговор *или* да снизи цену.⁵⁴ У ЗОО, као и у ЗЗП, право на раскид уговора и право на снижење цене (тзв. бонификација)⁵⁵ су постављена алтернативно, што значи да купац/потрошач може да бира које од та два права ће остваривати, ако не добије испуњење уговора. У правној теорији и схватању Врховног суда Србије се истиче да купац има право на раскид уговора, ако не добије испуњење, што значи да купац мора претходно да захтева да се недостатак уклони или преда друга ствар без недостатка, па ако тај захтев не буде испуњен у разумном року, купац може захтевати или снижење цене или може раскинути уговор.⁵⁶ Међутим, испуњење, односно оправка и замена нису постављени алтернативно (избор између оправке и замене), већ ће суд обавезати продавца да уговор испуни тако што ће купцу предати другу ствар без недостатка тек ако оправка ствари није могућа или није економски оправдана.⁵⁷

Бечка конвенција предвиђа да купац има право да захтева испуњење, при чему право на замену има само ако недостатак саобразности представља битну повреду уговора.⁵⁸ Уместо испуњења, купац има право на снижење цене, осим ако продавац отклони неизвршење својих обавеза или ако купац одбије да прими испоруку.⁵⁹ Право на раскид уговора купац има ако неизвршење обавезе продавца представља битну повреду

52 Нацрт ГЗ, чл. 703, ст. 1.

53 Нацрт ГЗ, чл. 711, ст. 1.

54 ЗОО, чл. 489.

55 И. Јанковец, 331.

56 Правно схватање Седнице Грађанског одељења Врховног суда Србије од 29.1.1991, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2008, 172.

57 *Ibid*, 175.

58 Бечка конвенција, чл. 46.

59 Бечка конвенција, чл. 50.

уговора,⁶⁰ или ако продавац ни у додатно остављеном року није испоручио робу, или је изјавио да је неће испоручити у тако одређеном року.⁶¹

Према ЗОО купац може раскинути уговор *само ако* је претходно оставио продавцу накнадни примерени рок за испуњење уговора.⁶² Могуће је раскинути уговор и без остављања накнадног рока, ако је продавац после обавештења о недостацима саопштио купцу да неће испунити уговор, или ако из околности конкретног случаја очигледно произлази да продавац неће моћи испунити уговор ни у накнадном року.⁶³ Ако продавац ни у накнадном року не испуни уговор, он се раскида по самом закону, али га купац може одржати на снази, ако без одлагања изјави продавцу да уговор одржава на снази.⁶⁴ Према Бечкој конвенцији, накнадни примерени (тзв. *Nachfrist*) је у случају битне повреде уговора само *могућност*.⁶⁵

Закон о заштити потрошача не помиње остављање накнадног рока ни као обавезу, ни као могућност, већ предвиђа да потрошач може раскинути уговор, ако отклањање несаобразности оправком или заменом није могуће. Потрошач може чак одмах изјавити да раскида уговор (без претходног остваривања других права), ако се несаобразност појави у року од шест месеци од дана преласка ризика на потрошача.⁶⁶

в) Постојање гаранције

Гаранција је свака изјава којом њен давалац даје обећање у вези са робом и правно је обавезујућа под условима датим у изјави, као и огла-

60 Према члану 25. Бечке конвенције, повреда уговора коју учини једна страна сматраће се битном, ако се њоме проузрокује таква штета другој уговорној страни, да је *суштински лишава* онога, што је *оправдано очекивала* од уговора, изузев ако такву последицу није предвидела страна која чини повреду, нити би је предвидело разумно лице истих својстава у истим околностима. Више о битној повреди вид. Милена Милутиновић, „Битна повреда уговора према одредбама Бечке конвенције у теорији и пракси“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2003, 367-369; Јелена Перовић, *Битна повреда уговора – Међународна продаја робе*, Београд, 2004; Robert Koch, „The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)“, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Kluwer Law International, 1999, 177-354; доступно на адреси: www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html, 20.3.2016.

61 Бечка конвенција, чл. 49, ст. 1.

62 ЗОО, чл. 490, ст. 1.

63 ЗОО, чл. 490, ст. 2.

64 ЗОО, чл. 491.

65 „The buyer *may* fix an additional period of time of reasonable length for performance by the seller of his obligations“. Вид. Бечка конвенција, чл. 47, ст. 1.

66 ЗЗП, чл. 52, ст. 7.

шавању у вези са том робом.⁶⁷ Гаранција не искључује нити утиче на права потрошача у вези са саобразношћу робе уговору.⁶⁸ Приликом постојања гаранције потрошач по основу уговора о продаји стиче више права него из законске одговорности трговца за несаобразност робе уговору.⁶⁹ Зато је продавац дужан да се уздржи од употребе израза „гаранција” и израза са тим значењем, ако по основу уговора о продаји стиче иста права, која има по закону.⁷⁰ Супротно поступање продавца сматрало би се злоупотребом израза „гаранција”, што представља прекршај и кажњава се новчаном казном у износу од 300.000 до 2.000.000 динара.⁷¹ Предвиђање „више права” у односу на законску одговорност може подразумевати иста права, али са много дужим гарантним роком у односу на законски рок од две године за одговорност продавца за несаобразност робе.

Поставља се питање ко је одговоран по основу гаранције: произвођач, продавац или истовремено и продавац и произвођач. Постоје три различита решења. Према првом решењу, одговоран је само произвођач, јер је он њен давалац и може да обавезе само себе, не и продавца, па купац може да се обрати непосредно произвођачу, иако он није уговорна страна у закљученом уговору о продаји. Ово је систем произвођачке (фабричке) гаранције, који је био усвојен у југословенском праву до доношења ЗОО.⁷² Према другом решењу, одговоран је једино продавац, јер је купац са њим закључио уговор о продаји робе за коју је дата гаранција. Ово је тзв. „трговачка гаранција”, коју предвиђа Грађански законик Руске Федерације.⁷³ Према трећем решењу, по основу гаранције одговоран је како произвођач, тако и продавац. То је схватање прихваћено у нашем праву, с обзиром на то да ЗОО изричито предвиђа да купац може захтевати како од продавца тако и од произвођача да ствар оправи у разумном року

67 ЗЗП, чл. 54, ст. 1.

68 ЗЗП, чл. 54, ст. 6; ЗОО, чл. 501, ст. 2.

69 „Гаранција је додатни, вољни корак којим се потрошачу пружају веће погодности, односно већи обим права него што му припадају на основу Закона“. Вид. Мишљење Министарства трговине, туризма и телекомуникација, бр. 011-00-545/2014-03 од 19.1.2015, доступно у правној бази *Paragraf Lex*, 29.3.2016.

70 ЗЗП, чл. 55.

71 ЗЗП, чл. 160, ст. 1, тач. 29.

72 Ђорђе Николић, „Одговорна лица по основу гаранције за исправно функционисање продате ствари“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 65/2013, 239-240.

73 Грађански законик РФ (рус. *Гражданский кодекс Российской Федерации*) прописује да уговором о продаји може бити предвиђено да продавац може преузети гаранцију за квалитет робе – *гарантия качества товара* (чл. 470, ст. 2.), тако да је тада он одговоран за недостатке робе (чл. 476, ст. 2), доступно на адреси: www.gk-rf.ru/glava30, 27.3.2016.

или ако то не учини, да му уместо ње преда ствар, која функционише исправно.⁷⁴ Одговорност и произвођача и продавца предвиђена је и у Скици проф. Константиновића,⁷⁵ као и у Нацрту Грађанског законика Републике Србије.⁷⁶ Произвођач и продавац одговарају солидарно, тако да купац има право да се обрати било произвођачу било продавцу. Правно-теоријско објашњење за одговорност и произвођача и продавца састоји се у томе, што гаранцију произвођача треба сматрати саставним делом уговора о продаји.⁷⁷ „Неоправдано би и нелогично било да у продајном односу, који настаје поводом техничке робе за коју је дата гаранција, продавац има повољнији положај него у продајном односу поводом робе за коју она није дата, односно да купац робе са гарантним листом има мања права него купац робе без гарантног листа“.⁷⁸

Закон о заштити потрошача је донекле непрецизан у погледу одговорности по основу гаранције. Наиме, ЗЗП наводи да је гаранција свака изјава, којом њен *давалац* даје обећање у вези са робом,⁷⁹ али не одређује ко је давалац гаранције. С друге стране, у члану 56, ставу 1. предвиђено је да потрошач може да изјави рекламацију ради остваривања својих права *продавцу*, из чега би се могло закључити да је потрошачу одговоран само продавац, без обзира на то ко даје гаранцију. Неспорно је да је трговац/продавац једини одговоран, када је он истовремено и давалац гаранције. Међутим, ако су давалац гаранције и трговац различита лица, закључак да је по основу гаранције одговоран једино трговац би значило да потрошач према ЗЗП има мање права него према ЗОО.⁸⁰ Ово из разлога што би према ЗЗП имао права само према трговцу, а према изричитој одредби ЗОО потрошач има права и према продавцу и према произвођачу. Због тога би требало изменити, односно прецизирати одредбе ЗЗП, тако да се, као прво, наведе ко се сматра даваоцем гаранције, а као друго, не ограничавати изјављивање рекламације ради остваривања својих права по основу несаобразности робе на трговца, већ прецизирати (као што је учињено у ЗОО) да потрошач права може остваривати како према продавцу, тако и према произвођачу. „Решење према којем су по основу гаранције истовремено одговорни продавац и произвођач је најприхва-

74 ЗОО, чл. 501, ст. 1.

75 Скица, чл. 430, ст. 1.

76 Нацрт ГЗ, чл. 716, ст. 1.

77 М. Васиљевић, 112; И. Јанковец, 347.

78 Ђ. Николић, 246.

79 ЗЗП, чл. 54, ст. 1.

80 Ђ. Николић, 243.

тљивије (пружа већу сигурност у промету и брже остваривање права од стране купаца, продавец чини заинтересованим за квалитет робе коју продају, а произвођаче стимулише да производе робу бољег квалитета), тако и са становишта заштите интереса купаца (купцу је повољније, када има два одговорна лица)⁸¹.

II Практични проблеми остваривања права потрошача

Из претходног излагања се види да потрошач има бројна права, која може остваривати, ако продавац испоручи робу несаобразну уговору. Та права су предвиђена у циљу заштите потрошача, као слабије уговорне стране, али пре свега, као уговорне стране, која је испунила своје уговорне обавезе, док то није случај са продавцем. Међутим, поставља се питање како заштитити потрошача, који захтева остваривање неког од законом предвиђених права, а продавац *не поступа* по таквом захтеву, односно одбија рекламације потрошача. Када би се на уговор о продаји примењивао само ЗОО, купац би у случају непоступања продавца по његовом захтеву могао да се обрати суду, односно остваривао би своја права судским путем. Међутим, ЗЗП поред права на судску заштиту предвиђа и друге могућности: обраћање тржишној инспекцији, удружењима за заштиту потрошача, као и могућност вансудског решавања спорова.

1. Тржишна инспекција

Надзор над спровођењем ЗЗП и прописа донетих на основу ЗЗП врши Министарство.⁸² Инспекцијски надзор над спровођењем ЗЗП и других прописа донетих на основу ЗЗП врши министарство надлежно за послове трговине, преко тржишних инспектора, као и министарство надлежно за послове туризма, преко туристичких инспектора, у складу са овлашћењима прописаним овим законом и прописима којима се уређује инспекцијски надзор у овим областима.⁸³ Дакле, инспекцијски надзор врши Министарство трговине, туризма и телекомуникација, у коме постоји посебан Сектор тржишне инспекције. Члан 158. ЗЗП регулише поступак инспекцијског надзора. Инспекцијски надзор врши се по службеној дужности и започиње предузимањем прве радње инспектора у поступку инспекцијског надзора. Дејство *иницијативе* за покретање поступка имају пријаве повреде закона, односно друге информације, дојаве, поднесци

81 *Ibid*, 250.

82 ЗЗП, чл. 154 ст. 1.

83 ЗЗП, чл. 154 ст. 3.

и захтеви поднети ради предузимања инспекцијског надзора. Ако инспектор утврди повреду закона, доноси и доставља решење у складу са својим овлашћењем у року од пет дана од дана отпочињања односно окончања контроле.

Поводом момента од кога почиње да тече рок од пет дана могуће је да је у питању редакцијска омашка, с обзиром на то да се не разуме да ли рок од пет дана почиње да тече од момента отпочињања или од момента окончања контроле. Ако би контрола трајала дуже од пет дана, свакако би се рок од пет дана рачунао од момента завршетка контроле. С друге стране, ако би контрола трајала краће од пет дана, могао би да важи рок од пет дана од дана отпочињања контроле. Ипак, већина инспекцијских контрола се заврши истог дана, па би у том смислу формулација „од дана отпочињања односно окончања контроле“ била смислена. Свакако је наведена формулација нејасна, па би је требало прецизирати да би се избегле недоумице и различита тумачења.

Према члану 157. ЗЗП, ако утврди повреду закона, инспектор налаже трговцу, односно продавцу да отклони утврђену неправилност. Решењем се одређује и рок у коме је продавац дужан да отклони неправилност, који не може бити краћи од 24 часа ни дужи од два месеца. Ако продавац не поступи по налогу тржишног инспектора, инспектор ће решењем изрећи меру привремене забране промета робе на коју се мера односи.

На основу одредаба ЗЗП, које регулишу поступак инспекцијског надзора и решење тржишног инспектора, први утисак који се стиче је да су потрошачи поред права, која имају према продавцима, додатно заштићени могућношћу обраћања тржишном инспектору, који утврђује повреду закона и налаже продавцу да ту повреду отклони. Међутим, потребно је анализирати и овлашћења тржишног инспектора да би се извео закључак да ли су потрошачи боље заштићени тиме што се могу обратити тржишном инспектору. Овлашћења тржишног инспектора регулисана су чланом 156 ЗЗП. Када се погледа списак овлашћења, може се закључити да је код уговора о продаји тржишни инспектор овлашћен да испита да ли је продавац поштовао законске одредбе у погледу *процедуре* поступања са рекламацијом потрошача. То значи да се потрошач, који је изјавио рекламацију продавцу, али не може да оствари своја права, може обратити тржишном инспектору да утврди повреду закона. Међутим, надлежни тржишни инспектор има овлашћење да провери само *поступање* по рекламацији, а не може испитивати *основаност* одбијања рекламације по-

трошача. Значи, тржишни инспектор ће поводом уговора о продаји проверити: да ли је продавац одговорио писаним или електронским путем на рекламацију у року од осам дана од дана пријема рекламације, затим да ли је евидентирао рекламацију, односно да ли води евиденцију о примљеним рекламацијама, да ли се израз „гаранција“ злоупотребљава у смислу члана 55. ЗЗП, да ли се роба продаје уз гарантни лист који је сачињен, да ли је потрошачу издат гарантни лист, да ли је истакнута цена робе, издат рачун и сл. Дакле, инспектор нема овлашћење да провери да ли је продавац неосновано одбио рекламацију потрошача. Не постоји ниједно овлашћење инспектора у вези са основаношћу рекламације, које би подстакло продавца да више пажње посвете рекламацијама потрошача.⁸⁴ Имајући у виду данашње пословно окружење, већина „великих“ трговца, односно продавца ће поштовати одредбе ЗЗП, које се односе на *поступак* поводом рекламације (евидентирање, одговор на рекламацију итд.), али се често дешава одбијање рекламација потрошача, при чему су тржишном инспектору „везане руке“, јер он не може испитивати да ли је такво одбијање основано или не. Тржишни инспектор може наложити трговцу да одговори на рекламацију, али не може утицати на садржину одговора, односно не може наложити трговцу да уважи рекламацију, као што је то могао према Закону о заштити потрошача из 2005. године.

Из овог решења се види да тржишна инспекција нема овлашћења када су у питању рекламације и остваривање законских права потрошача по основу несаобразности робе код уговора о продаји.

2. Удружења за заштиту потрошача

У складу са законом којим се уређује оснивање и правни положај удружења, оснивају се удружења, односно савези, чија је основна област остваривања циљева – заштита потрошача.⁸⁵ Према члану 131. ЗЗП активности удружења и савеза нарочито обухватају:

- информисање, едукацију, саветовање и пружање правне помоћи потрошачима у остваривању потрошачких права;

84 У чл. 74. Закона о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, бр. 79/2005, било је предвиђено да ако надлежни инспектор утврди да је продавац одбио да поступи по *основаном* приговору потрошача да производ са недостатком замени новим производом или да врати износ плаћен за тај производ или да отклони недостатак на производу, донеће решење, којим ће продавцу *наложити да испуни захтев* потрошача, одредити начин испуњења захтева и рок за поступање, који не може бити дужи од 30 дана од дана када је решење постало коначно.

85 ЗЗП, чл. 130, ст. 1, тач. 1.

- примање, евидентирање и поступање по приговорима потрошача;
- спровођење независних испитивања и упоредних анализа квалитета роба и услуга и јавно објављивање добијених резултата;
- спровођење истраживања и студија у области заштите потрошача и јавно објављивање добијених резултата.

За потрошаче је нарочито значајно пружање правне помоћи од стране удружења у остваривању потрошачких права, као и поступање по приговорима потрошача. Ове активности удружења су нарочито значајне у случајевима, када потрошачи не могу остварити своја права према продавцу. Међутим, према истраживању аутора овог рада, у пракси се најчешће дешава да удружења за заштиту потрошача упућују потрошаче на тржишну инспекцију, у случају када не могу да остваре своја права према продавцу, односно када продавац одбије рекламацију потрошача. Већ је наведено у претходном излагању да тржишна инспекција више нема овлашћење да испитује основаност одбијања рекламације потрошача. Тако, у ствари, долази до ефекта пинг понг лоптице, где удружења за заштиту потрошача сматрају да је за решавање проблема потрошача надлежна тржишна инспекција, а тржишна инспекција нема овлашћење да разматра захтеве потрошача за отклањање несаобразности робе. Дакле, може се извући закључак да заштита потрошача спада на судску (или евентуално на вансудску) заштиту, иако су активности удружења и савеза и уз то постојање инспекцијског надзора предвиђени у циљу веће заштите потрошача и лакшег остваривања њихових права.

Удружења за заштиту потрошача добијају финансијска средства од Министарства трговине по конкурсима за финансирање програма од јавног интереса у области заштите потрошача, те се поставља питање не само оправданости тог финансирања, већ и оправданости постојања таквих удружења, с обзиром на то да у пракси не предузимају активности предвиђене Законом, за чије спровођење добијају финансијска средства.

3. Вансудско решавање потрошачких спорова

Потрошачки спор се свакако може решавати судским путем, али чл. 141. ЗЗП предвиђа и вансудско решавање потрошачких спорова. Међутим, вансудско решавање спорова се не примењује за решавање спорова по процедурама, које је установио сам трговац, код непосредних преговора између потрошача и трговца, приликом настојања судија да спор у току судског поступка реше мирешем страна, у поступцима које је трговац покренуо против потрошача, као ни и у споровима чија вредност

прелази 500.000 динара.⁸⁶ Министарство сачињава листу тела за вансудско решавање потрошачких спорова, и то су лица, која имају својство посредника у складу са законом којим се уређује посредовање у решавању спорова (медијација), односно сталне арбитражне институције у складу са законом којим се уређује арбитража.

Основни практични проблем, који се може појавити код вансудског решавања потрошачких спорова је могућност да уопште дође до таквог начина решавања спора. Ако продавац упорно одбија рекламацију потрошача, односно ако потрошач не може да оствари своја права (оправка, замена, снижење цене, раскид уговора), мало је вероватно да ће продавац прихватити решавање спора медијацијом, односно закључење арбитражног споразума (када у уговору нема арбитражне клаузуле) и решавање спора пред арбитражом. Ако продавац одбије рекламацију потрошача, односно одбије да изврши повраћај цене када је потрошач раскинуо уговор, он ће највероватније задржати своју позицију, сматрајући да потрошач не може остваривати права предвиђена законом, имајући у виду да сматра да је рекламација потрошача неоснована. Једино решење које због тога преостаје потрошачу је да поднесе тужбу надлежном суду.

4. Судско решавање потрошачких спорова

Члан 143. ЗЗП предвиђа право потрошача на судску заштиту. Ипак, купац може остваривати судску заштиту својих права и у случају када би се на уговор о продаји примењивао само ЗОО, тако да судска заштита према ЗЗП није новина у односу на ЗОО. Покретање и вођење поступка вансудског решавања потрошачког спора не искључује нити утиче на остваривање права на судску заштиту у складу са законом. Закон о заштити потрошача не садржи правила којима се уређује судско решавање индивидуалних потрошачких спорова, већ је поступак у потрошачким споровима као посебан парнични поступак уређен Законом о парничном поступку.⁸⁷

Чињеница да трошкови поступка могу бити велики наспрам цене несаобразне робе често одвраћа потрошача од коришћења судске заштите. Приликом прописивања правила поступка треба водити рачуна да правила поступка не смеју бити таква да одвраћају потрошача од присту-

86 ЗЗП, чл. 141, ст. 3.

87 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55-2014, чл. 488-493.

па суду.⁸⁸ Због тога је поступак у потрошачким споровима скраћени поступак. Према чл. 489, ст. 4. ЗПП рочиште за главну расправу заказује се и одржава најкасније у року од 30 дана од дана пријема тужбе у суд. Поред тога, у потрошачким споровима, у којима вредност предмета спора не прелази 500.000 динара, не плаћа се судска такса за тужбу.⁸⁹ За суђење у споровима за заштиту права потрошача, поред суда опште месне надлежности надлежан је и суд на чијем подручју потрошач има пребивалиште, односно боравиште.⁹⁰ Ипак, стиче се утисак да су одредбе ЗПП остале „мртво слово на папиру“, имајући у виду да не постоји судска пракса, односно да нема пресуда, у којима је суд одлучио о правима потрошача из чл. 52. ЗПП. Непостојање судских одлука не доводи до сигурног закључка, али може указивати на оклевање потрошача да поднесу суду тужбу да би остварили своја права. Узимајући у обзир наше правно окружење, то је и разумљиво, јер иницијална воља законодавца да смањи трошкове поступка предвиђањем скраћеног поступка најчешће не може да се оствари у пракси.

Посебан проблем представља питање како потрошач да докаже да је роба несаобразна уговору (посебно техничка роба), ако продавац све време тврди супротно и примера ради, доставља као доказ извештај сервисера да таква роба исправно функционише. У том случају купац би морао да ангажује вештака за утврђивање несаобразности робе, што би често могло значајно да увећа трошкове поступка. Тада би трошкови поступка били већи од цене робе коју је потрошач платио, тако да би било економски нерационално покретати парнични поступак ради остваривања права потрошача.

По принципу успеха у спору, странка, која у целини изгуби парницу, дужна је да противној странци надокнади трошкове поступка.⁹¹ У нашем правосудном систему, исход поступка је често неизванстан, те се због тога потрошачи ретко одлучују на подношење тужбе суду ради остваривања својих права због бојазни да ће изгубити парницу. Зато се може закључити да и у случајевима остваривања права потрошача судским путем, као и у свим осталим случајевима, долази до изражаја лоше стање у српском правосудју, те је за спровођење закона потребно обезбедити механизме како би његове одредбе биле делотворне.

88 Никола Бодирога, *Нови закон о парничном поступку*, Београд, 2012, 276.

89 ЗПП, чл. 140, ст. 1.

90 ЗПП, чл. 45.

91 ЗПП, чл. 153, ст. 1.

III Уместо закључка

Закон о облигационим односима предвиђа права купца, која он може остваривати по основу несаобразности робе, а пружа правну заштиту и купцима-потрошачима појединим одредбама, које уређују уговор о продаји (примера ради, то су одредбе, које се односе на одговорност продавца за материјалне недостатке ствари, односно права купца у случају материјалних недостатака, гаранција за исправно функционисање продате ствари, ништавост одредаба неповољних за купца код уговора о продаји са оброчним отплатама цене, право купца код уговора са оброчним отплатама цене да може одустати од уговора, ако то саопшти продавцу у року од три дана од потписивања исправе о уговору итд.). У циљу боље и свеобухватније заштите потрошача 2014. године је донет нови Закон о заштити потрошача. Закон предвиђа права потрошача, која се могу остваривати по основу несаобразности робе код уговора о продаји, а предвиђа и постојање удружења и савеза за заштиту потрошача, тржишне инспекције, могућност вансудског начина решавања спорова, као и право на судску заштиту (ако потрошач права не може остварити на други начин). У раду је наведено да се заштита потрошача због недостатака у функционисању удружења, тржишне инспекције и вансудске заштите на крају ипак своди на судску заштиту. Међутим, ту се потрошач сусреће са проблемима нашег правосудног система, тако да је заштита потрошача и остваривање њихових права, нажалост, постала изузетак. Тачно је да су појединачни уговори, које потрошачи закључују (уговори о продаји у контексту овог рада) најчешће мале вредности, али су веома значајни за друштво као целину. Треба имати у виду да Устав Републике Србије предвиђа да Република Србија штити потрошаче.⁹² Важно је да заштита потрошача не буде само декларативна, већ је потребно и практично омогућити остваривање права и интереса потрошача. Ради боље заштите потрошача и остваривања њихових права могао би се законом предвидети посебан фонд за заштиту потрошача (аналогно фонду за заштиту инвеститора према Закону о тржишту капитала) и обавеза свих трговаца на мало да одређени промил свог прихода уплаћују у тај фонд, из којег би се финансирали трошкови поступака за заштиту потрошача.

92 Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 90, ст. 1.

Maša MIŠKOVIĆ, M.A.

PhD candidate at the Faculty of Law University of Belgrade

EXERCISING CONSUMER RIGHTS IN CASE OF NON-CONFORMITY OF GOODS

Summary

In this paper the author analyzes the rights of consumers according to Serbian Law on Consumer Protection 2014, which a consumer can exercise in case of non-conformity of goods. Exercising consumer rights means that a consumer should submit consumer complaint with request for removal of non-conformity in way provided by Law on Consumer Protection. The author compares the rights of consumers according to the Law on Consumer Protection with the rights he has according to the Law on Contracts and Torts and the CISG, and considers some solutions in comparative law. In addition, the author draws the attention to exercising the rights of consumers, when the guarantee for the proper functioning of the goods exists, and considers the persons, who should be liable under the guarantee. Finally, the author points out the practical problems in exercising consumer rights, relating to the role of the organizations for consumer protection, power of market inspection, alternative dispute resolution and the right to judicial protection.

Key words: *non-conformity of goods, liability for non-conformity of goods, consumer rights, exercising consumer rights.*

XXV СУСПРЕТ
ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ ПОДРЖАВАЈУ



Intermex, Београд

"Имлек" а.д., Београд

"Energoprojekt Holding" а.д., Београд

Привредна комора Србије

Привредна комора Београда

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 :
Cicero). - 24 cm

Тромесечно. - Је наставак: Privredno pravni priručnik =

ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343