
ОСНОВНА ТЕМА

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

ПРИВРЕДА И СУДСКА И АРБИТРАЖНА ПРАКСА*

„Ако судиш – истражуј, ако владаш – наређуј“!
(Сенека)

Резиме

У овом чланку аутор разматра питање стања првенствено домаће судске и арбитражне праксе и њеног „доприноса“ развоју привреде и правној сигурности привредних субјеката (компанија и предузетника). Аутор најпре разматра општа питања значаја судске и арбитражне праксе и њене заробљености често немуштим и недовољно стручним правничким језиком¹ (несигурност чланова привредног друштва и поверилица у контексту ништавости оснивања привредног друштва, ништавости оснивачког акта, ништавости регистрације, ништавости – побојности одлука скупштине привредног друштва и слично), што је некад објективно спутава да буде „уста закона“ и реч права и правде, а затим и филозофско правно питање пред којим се ова пракса налази у бројним случајевима тражења одговора на питање односа права и правичности. Аутор затим посебно анализира недовољну заступљеност арбитражног решавања спорова у домаћој пракси, како између домаћих при-

* Рад је написан у оквиру вишегодишњег пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Идентитетски преображај Србије*, из области „Право и привредно пословање“ (2017).

1 „Што свако једнако разумије, томе тумача не треба“, рекао би знаменити Богишић у свом Општем имовинском законнику (ОИЗ), текст из 1898. године, чл. 994. Вид. Зоран Рашовић, *Богишићеве правне изреке*, Подгорица, 2016, 215.

вредних субјеката тако и између домаћих и страних, о чему се разлози морају тражити не само у правној сфери (неуговарање надлежности) већ и посебно у метаправној сфери још увек недовољне ауторитативности и независности пре свега државних привредних судова и тиме израженог великог утицаја ове сфере на исход ових спорова. Аутор најзад критички разматра репрезентативан узорак одлука привредних судова, који не иду у корак са правом и у делу у коме му се не може оспорити јасност и недвосмисленост, што је често узроковано и струковним робовањем законској лексици и реторици уместо да му се „схвати разум и смисао“.² Критичка разматрања односе се првенствено на одлуке везане за статусне промене привредних друштава и несигурност поверилаца, заробљеност привредног друштва правима несагласних акционара по основу права изласка из привредног друштва и обавеза друштва на откуп њихових акција по „највишој вредности“, те, коначно, контроверзе тзв. института располагања имовином велике вредности. Коначно, аутор се залаже за појачану улогу нотара, попут немачког права, у компанијском праву (солеминизација оснивачких аката привредних друштава, као и аката статусних промена и промена правне форме и, најзад, одлука скупштине акционарских друштава), како би се повећала правна сигурност (принцип који не може бити подређен ни у ком случају трошковном принципу).

Кључне речи: привреда, судска пракса, арбитражна пракса, привредни судови, арбитраже, мањински акционари, статусне промене, компанијско право, берзанско право.

І Уводне опсервације

Иако у континенталној правној традицији, за разлику од англосаксонске, судска пракса формално не представља извор права, фактички, међутим, иако одлуке виших судова не обавезују ниже судове (као ни сам виши суд да у другој истоветној ситуацији пресуди на исти начин), нижи судови се држе правних схватања изражених у пресудама виших судова, иако оне садрже појединачну норму којом се решава одређени конкретан случај, а не опште правило понашања. Разлози за овакву вертикалну утицајност су вишеструки. На првом месту, овако формирана пракса има висок ауторитет који је стваран, а не формалан, и почива на ваљаности разлога садржаних у пресуди (и још више начелном становишту или ставу) вишег суда. Затим, ту је и разлог психичке природе – кад по једном

2 „Ко само ријечи законске знаде, тај још закона не зна, док му не схвати разум и смисао“.
ОИЗ, чл. 993.

питању постоји одлука вишег суда, то људе чини инертним. И најзад, ту је и линија мањег отпора – судија верује да ће његова одлука бити преиначена ако одступи од праксе (пребацавање одговорности на више судове). У новије време, међутим, и у традицији *civil law* настају озбиљне промене на овом плану, с обзиром на то да *судска пракса судова ЕУ све више поприма прецедентни значај*.

У области компанијског права судска (и посебно арбитражна) пракса у нас није развијена, с обзиром на то да су одговарајући правни извори у овој области новијег датума, те је њој потребно време да по њима поступа и посебно да ствара устаљену праксу. Судска пракса и иначе, а посебно за изворе младих грана права, каква је компанијско право, игра изузетно важну улогу у уклањању противречности које постоје у младој регулативи и регулативи нових правних установа, као и у испуњавању правних празнина које у таквим околностима наглашено постоје, чиме на свој начин креира и право и преузима део законодавне власти (за правну теорију остаје занимљиво теоријско питање уставноправне поделе власти у таквим околностима). Ненадмашни Слободан Јовановић, пак, упозоравао је да „судска пресуда налази се већ садржана у закону, одакле судија има само да је извуче“.³ При том, нашој младој судској пракси у овој области може као користан, али не и некритички прихваћен, путоказ да послужи и судска (и арбитражна) пракса западних земаља која је у уобличавању бројних института компанијског права имала доста прилика да се изјасни (али која је о појединим питањима и сама колебљива тако да треба бити опрезан у процени шта је доминантан став).⁴

3 Такође, „по начелу поделе власти, судска власт не би требало да се меша у законодавне послове. Али начело поделе власти тражи не само да једна власт не учествује у актима друге, него тражи, такође, да једна власт не врши надзор над актима друге. Према томе, судској власти не би требало дати право да врши надзор над радњом законодавних органа...“. И, наставља: „У име начела поделе власти забрањује се судској власти да поводом посебних случајева које расправља, доноси одлуке од опште важности, које се односе на све случајеве исте врсте. Судска пракса мора решавати сваки случај без обзира на то како је раније решавала случајеве исте врсте... Кад би њена ранија решења имала ту обавезујућу снагу, судска власт не би у ствари решавала посебне случајеве, него би постављала општа правила, и њене би одлуке носиле више законодавни него судски карактер. (У овом погледу, Енглеска није поштовала начело поделе власти; њени су судови везани својим ранијим одлукама; зато се у Енглеској, поред онога права које ствара законодавац, зна још и за једно право које судије стварају)“. Вид. Слободан Јовановић, *О држави – Основи једне правне теорије*, Београд, 2011, 325 и 327.

4 Вид. Paul Le Cannu, Daniel Lepeltier, *Jurisprudence Joly de droit des sociétés 1986-1990*, Toulouse, 1992; P. Le Cannu, D. Lepeltier, *Jurisprudence Joly de droit des sociétés 1991-1992*, Toulouse, 1993; Dominique Vidal, *Grands arrêts du droit des affaires*, Paris, 1992; André Guengant, Paul Troussière,

За правну сигурност у једној земљи нису, истина, довољни само добри прописи, већ је потребна и њихова добра примена у судској (арбитражној) и пословној пракси. Закон је, пре свега, добар онолико колико се добро примењује.⁵ *Добра примена закона* може у доброј мери и да отклони његове мањкавости, недоследности или противречности, које су за младе изворе права и нове правне институте делом и разумљиве, а делом су узроковане и апстрактношћу природе прописа, док је свака пракса по својој вокацији конкретизација таквог прописа и тиме је у прилици да га прилагоди конкретној потреби конкретног привредног субјекта. За овакву примену закона потребне су не само високостручне, ефикасне и независне судије, већ и судије који осећају потребе привреде и привредног живота и који и у том смислу имају одговарајуће искуство и развијен осећај професионалне одговорности и служења праву.

„Ићи суду, значи ићи правди“.⁶ Ипак, „добијање правде“ претпоставља постојање јасног и недвосмисленог позитивног права, те следствено да судија примени такво право на исправан и праведан начин.⁷ У реалном правном животу, међутим, позитивно право је редовно недовршено и несавршено, а врло често и неконзистентно и двосмислено.⁸ У та-

Sylvie de Vendeuil, *Le role des juges dans la vie des sociétés*, Paris, 1993; Ronald Bernstein, Derek Wood (with nine specialist contributors), *Handbook of Arbitration Practice*, London, 1993; Билтен – Врховни касациони суд, *Правна схватања и сентенце Врховног касационог суда и Врховног суда Србије (1964-2014)*, Београд, 2014; Зборник арбитражне праксе Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије (1947-1997), Београд, 1997.

5 У том смислу судска власт има довољно слободе, али и одговорности. „Као што управна власт није увек и искључиво слободна, тако ни судска власт није увек и искључиво везана. Ако управна власт ужива дискрециону моћ, ужива је и судска власт. Она је ужива у много мањој мери него управна власт, али тек има случајева кад законодавац није прописао судији како да пресуди, него му је дао право слободне оцене...“. Тако: С. Јовановић, 300.

6 Аристотел, *Никомахова етика* (превод са старогрчког Р. Шалабалић), Београд, 1970, књига V, 121 и даље.

7 У таквим околностима с правом се упозорава на велику одговорност суда (судије) да донесе исправну одлуку у вези са значењем права, с обзиром на то да не може избећи да изрекне свој суд најбоље што може. Интересантно је да англоамеричка правна грађа, кад је реч о поступању компанија по закону, прави дистинкцију између „law-as-sanction“ (право као санкција) и „law-as-price“ (право као цена), тако да у првом случају право тражи поштовање (апсолутно избегавање повреде закона), а у другом случају плаћање (компанија процењујући цену која повлачи непоштовање права у односу на профит из таквог поступања може свесно изабрати такво понашање). Вид. Kent Greenfield, *The Failure of Corporate Law – Fundamental Flaws and Progressive Possibilities*, Chicago – London, 2010, 98-102.

8 Позитивном праву на путу ка савршенијем изгледу може помоћи тзв. природно право троструко: прво, као пример у креацији норми; друго, у случају правних празнина које

квим случајевима сарадња позитивног и природног права (правичност, правила морала, поштење и савесност) отклања празнине позитивног права и сужава просторе правне несигурности. Уз то, примена принципа природног права (метаправни принципи правичности, савесности, поштења, моралности) помаже правилној интерпретацији (тумачењу) позитивног права у креирању дистрибутивне (неапсолутне, конкретне, индивидуалне) правде руковођене потребом изналажења сврхе и циља права,⁹ када би сама лексика позитивног права могла да води неправичнијем решењу и озбиљнијем угрожавању правне сигурности и легалности. Штавише, и у случају постојања комплетне нормe позитивног права, али која је, по свим доказима, неправична¹⁰ и супротна потпуном осећају правичности, судија би био дужан да прво примени све методе тумачења нормe остајући на начелу легалитета како би дошао до легалног, правичног и исправног решења, али, ако то не би могао, морао би корективном применом метаправних принципа природног права (правичност, поштење, савесност) доћи до решења које би више одражавало сврху и смисао (циљ) нормe, када би таква одлука била доказ неправичног законодавца,¹¹ а не доказ неправичног судије.¹²

судија не може поунити на други начин (аналогијом и слично, али никако властитом креацијом извора права у систему *common law*) супсидијерном и директном применом правила природног права (примена права, а не креација извора права), што није само теоријска конструкција, већ управо императив позитивног права; и треће, као својеврсни коректив примене позитивног права. Вид. Слободан Перовић, *Le droit naturel et le juge*, Београд, 1997, 24-47.

9 „Законе не треба раздвајати од циља с обзиром на који су донети“. Вид. Шарл Монтескје, *О духу закона*, том II, Београд, 1989, 292.

10 Вид. Милорад Ивовић, „Неправедни закони и њихова примена“, *Правни живот*, бр. 12/95, 95-109.

11 У том погледу Густав Радбрух (*Феноменологија права*, Београд 1980, 281-293) пише о „законском неправу и надзаконском праву“. Посебно: „Сукоб између правде и правне сигурности могао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђују пропис и моћ, има предност и онда кад је садржински неправедно и несврхисходно, осим у случају кад позитивни закон у толико неподношљивој мери противречи правди, да закон као „неисправно право“ мора одступити пред правдом“. И даље, с обзиром на то да је „националсоцијалистичко „право“ имало намеру да избегне суштински захтев правде, једнако поступање са једнакима“ ...“оно у том погледу уопште нема правну природу, оно није, рецимо, неисправно право, него уопште није право“.

12 Тако: С. Перовић, 147-149.

II Несавршеност закона и немоћ судске праксе

Законодавство уопште, посебно транзиционо законодавство, обилује често бројним недореченостима, нејасним решењима или правним празнинама, што све у великој мери ствара озбиљне проблеме за судску праксу, која трагајући за решењима често исходује различитим одлукама у истоветним правним ситуацијама или истоветним одлукама у различитим правним ситуацијама, чиме свакако трпи правна сигурност и поверење у правни поредак. За потребе овог рада узећемо неколико карактеристичних примера из сфере компанијског права.

Најпре, непостојање одговарајућег контролног механизма (претходна контрола као препоручљивији регулаторни оквир у односу на накнадну контролу коју одликује неефикасност санкција) у вези оснивања привредних друштава и каснијег њиховог правног живота (промена оснивача, статусне промене, промене пословног имена, повећање и смањење основног капитала, однос чланова друштва и друштва у вези располагања имовином друштва или кредитних/зајмовних односа са друштвом, располагање уделима и акцијама затворених друштава, промене правне форме и слично – практично битне промене конститутивног акта). Систем регистрације ових правних чињеница у одговарајућем регистру обавезује регистар само на проверу формалне исправности (постојање одговарајућих аката ваљано донетих према спољној форми), што за правну сигурност свакако није довољно (фалсификовани потписи, непостојећи или лажни оснивачи, фалсификоване одлуке и слично). Енглеска регистарска компанијска кућа (*Companies House*), у овом смислу, изричито наводи: „Ми немамо законску моћ или могућност контроле тачности информација које нам компаније достављају. Ми прихватамо све информације које компаније достављају нама савесно и уносимо их у јавни регистар“.¹³ Србија је, нажалост, под великим англосаксонским утицајем и буквално „протерала“ јавне бележнике (нотаре) из компанијског права (изузев везе са непокретностима), за разлику од већинске континентално европске праксе, посебно германске (изузев скандинавске и однедавно неких других европских држава, попут Француске – оснивачки акт као

13 Отуда, због непостојања било какве претходне контроле регистрација је могућа за свакога – па чак и за криминалце, те случајеве „преварног идентитета“ или „крађе идентитета“ нису необичајене – генерално, рачуна се да их има између 50 и 100 месечно. Економске штете проузроковане лажним уписима у регистар оцењују се као значајне, те је свођење учешћа нотара у овом поступку на питање „трансакционих трошкова“ у основи неприхватљиво. Вид. Gunter Roth, Peter Kindler, *The Spirit of Corporate Law*, Munchen, 2013, 11 и 157.

приватни акт, осим кад је предмет улога непокретност), дајући тиме концесију потреби смањења трошкова а жртвујући принцип правне сигурности, јер би валидност и поузданост уписа у јавни регистар и објаве ових података у сваком случају била далеко јача када би такву контролу у законом прописаној форми вршили јавни бележници,¹⁴ који би били одговорни за њихову веродостојност (аутентичност) и тачност (солемнизација оснивачких – конститутивних аката).¹⁵ Посебно, оваква ефикасна претходна контрола (приликом саме регистрације: оснивачке и каснијих свих битних промена)¹⁶ је много ефикаснија од накнадне контроле која се врши кроз систем санкција.¹⁷ Увођење електронских трговачких регистра¹⁸ требало би још више да појача значај учешћа нотара у статусном животу трговачких друштава, како би ти документи били квалификовани да се директно уносе у регистарске софтвере.¹⁹ На овај начин био би знатно олакшан посао и судској пракси у сваком погледу.

Затим, ништавост оснивачког акта, ништавост регистрације оснивања привредног субјекта и ништавост и/или побојност неких одлука скупштине привредног друштва. Наиме, Закон о привредним друштвима (у складу с Првом директивом ЕУ)²⁰ уређује на лимитативан начин осно-

14 У складу с германском праксом, правни теоретичари посебно инсистирају на учешћу нотара код малих компанија (затворених друштава): оснивање, повећање капитала, промене конститутивног акта, располагање уделом; и код великих компанија (отворена друштва): оснивање, повећање капитала, промене статута и учешће и верификација одлука скупштине. И у једном и у другом случају улога нотара је вишеструка: гаранција исправности и тачности најважнијих правних аката компанијскоправног живота, инструктивна (саветодавна) функција (посебно важна са становишта заштите слабије стране), непристрасна подршка свим инволвираним странама – заштита својинских права (за разлику од адвокатске позиције), заштита интереса поверилаца и других трећих лица (јавна сигурност и јавни поредак – транспарентност и спречавање прања новца), олакшање позиције регистратора привредних субјеката. Наводи се да једва да има било који случај одговорности нотара за непажњу у вези са оснивањем компанија. Вид. *Ibid.*, 155-166, 173-174.

15 Тако и: *Ibid.*, 12.

16 О тзв. дефициту контроле компанијскоправног живота (посебно претходне) и њеним последицама: *Ibid.*, 163-164.

17 Тако и: *Ibid.*, 48.

18 Directive 2003/58/EC of the European Parliament and of the Council of 15 July 2003 amending Council Directive 68/151/EEC, as regards disclosure requirements in respect of certain types of companies, *OJ L 221*, 4.9.2003, p. 13–16.

19 Тако и: G. Roth, P. Kindler, 157.

20 Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are

ве „ништавости оснивачког акта“²¹ привредног друштва и поступак за утврђење и дејство ништавости,²² док закон који уређује поступак регистрације привредних субјеката, уређује основе „ништавости регистрације оснивања привредног друштва“ или „ништавост регистрације предузетника“ на нелимитативној основи.²³ Истовремено, Закон о привредним друштвима уређује и институт „ништавости“ неких одлука скупштине акционарског друштва, односно институт „побојности“ неких других одлука скупштине овог друштва и институт „побојности-поништења“ (са сходном применом „побојности“ и на одлуке скупштине друштва с ограниченом одговорношћу).²⁴

Закон који уређује поступак регистрације привредних субјеката не уређујући лимитативно основе ништавости регистрације, већ употребља-

required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent – Прва директива ЕУ, *OJ L 258*, чл. 11-13.

21 Више: Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2015, 87-88.

22 Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/11 и 99/11, чл. 13 и 14.

23 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (*Службени гласник РС*, бр. 99/11, 83/14) утврђује следеће основе „ништавости регистрације“ привредног субјекта: 1) регистрација на основу неистинитих података, 2) регистрација на основу лажних докумената или докумената са неистинитим чињеницама или документа издатог у незаконитом поступку, као и 3) регистрација на основу других законом предвиђених разлога (чл. 33-34).

24 Према ЗОПД „ништаве“ су следеће одлуке скупштине акционарског друштва: 1) одлука о повећању основног капитала ако није регистрована у складу са законом о регистрацији у року од шест месеци од дана доношења (чл. 294, ст. 3); 2) одлука о условном повећању основног капитала која није у складу с одредбама овог закона (чл. 301, ст. 3); 3) одлука о остваривању права на стицање акција по основу повећања основног капитала која није у складу с одредбама овог закона (чл. 308, ст. 4); 4) одлука о смањењу основног капитала која није регистрована у складу са законом о регистрацији у року од три месеца од дана доношења (чл. 314, ст. 4); 5) одлука о смањењу основног капитала која је донета супротно начелу једнаког третмана акционара исте класе (чл. 318, ст. 4); и 6) одлука о смањењу основног капитала са којом истовремено није донета и одлука о повећању основног капитала тако да друштво има најмање минимални износ основног капитала прописан законом (чл. 324, ст. 2). Посебно, ЗОПД уређује „ништавост правног посла, односно радње стицања или располагања имовином велике вредности“ (осим према савесном трећем лицу), али само у законом прописаном року и од стране овлашћеног лица (чл. 472).

Поред „ништавости“ (специјално правило) ЗОПД утврђује и „побојност“ одлука скупштине (као опште правило применљиво и на одлуке о статусним променама – чл. 376 и 500, ст. 1) и „побојност-поништење“ одлука скупштине као посебно правило (побијање одлуке о усвајању годишњих финансијских извештаја друштва и, последично, аутоматски одлуке о расподели добити – чл. 380). Институт „побојности“ (не и „ништавости“) одлука скупштине овог друштва сходно се примењује и на одлуке скупштине друштва с ограниченом одговорношћу (чл. 217).

вајући формулу могуће ништавости „регистрације на основу других законом предвиђених разлога“, укључује у ове основе и основе ништавости утврђене законом који уређује привредна друштва (лимитативни основи ништавости оснивачког акта и други основи ништавости утврђени овим законом). Овде, међутим, за судску праксу настаје озбиљан проблем. Наиме, закон који уређује поступак регистрације привредних субјеката за подношење захтева за поништај овлашћује само „лице које има правни интерес“, с тим да то може учинити само у законом прописаном року (субјективном року од 30 дана од дана сазнања, односно у објективном року од годину дана од дана регистрације). Закон о привредним друштвима, пак, не уређује до краја институт „ништавости“ (оснивачког акта, других одлука скупштине друштва које могу бити по његовом слову „ништаве“), у смислу активно легитимисаних лица за покретање поступка поништаја или прописивања рокова (као што то чини код института „побојности“, уподобљавајући га тиме углавном институту рушљивих правних послова, осим дејства реституције, из закона који уређује облигационе односе).²⁵ Нема сумње да је компанијскоправни законодавац несклон институту „ништавости“ из закона који уређује облигационе односе²⁶ (могућност покретања поступка од стране сваког „заинтересованог лица“ а не само „лица које има правни интерес“, дужност пажње по службеној дужности, невезаност за рок, дејство према свима, декларативно дејство, дејство *ex tunc* и обавезност реституције, по правилу немогућност конвалидације),²⁷ те је стога у закону који уређује поступак регистрације институт „ништавости“ везао за рокове настојећи да му да природу рушљивости – релативне ништавости (као што је то поступио и закон који уређује привредна друштва код института „побојности“ и неких

25 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, чл. 111-117.

26 У том смислу га примењује владајућа судска пракса: „Уговор о оснивању чији се поништај тужбом тражи има поред облигационих и статусноправна дејства, што има за последицу да се на исти не могу применити општа правила облигационих односа, па се и уговор на основу којег је извршен упис не може поништавати применом правила облигационог права, већ само тужбом за утврђивање ништавости уписа из члана 69 Закона о регистрацији привредних субјеката“ – Решење Привредног апелационог суда, Пж. 131/10, у: *Билтен судске праксе Привредног апелационог суда*, бр. 1/2011, 81. „Одлуке акционарског друштва побијају се по одредбама о побијању из Закона о привредним друштвима, а не по одредбама о ништавости из Закона о облигационим односима“ – Решење Привредног апелационог суда, Пж. 107/10, у: *Билтен судске праксе Привредног апелационог суда*, бр. 1/2011, 74.

27 ЗОО, чл. 103-110.

случајева „ништавости“),²⁸ док закон који уређује привредна друштва углавном институт „ништавости“ (не уређујући ни тужбу за утврђење ништавости) није везао за рокове и није прописао време дејства (осим код ништавости оснивачког акта – дејство *ex nunc*). Уз то, закон који уређује привредна друштва познаје и мешовит институт „побијање-поништење“, што додатно компликује ствари око одређења правне природе.

Правна теорија мора признати да у оваквом правном окружењу судској пракси није лако. Испуњавајући, пак, свој задатак, био он од помоћи или не, она мора рећи свој суд пре свега о најважнијем правном питању које из овог произлази: да ли је могућа примена института ништавих правних послова из закона који уређује облигационе односе у компанијскоправној сфери (осим ако је то компанијскоправним прописима изричито искључено: лимитативни основи ништавости оснивачког акта привредних друштава, на пример)?²⁹ Правна сигурност, без сумње, захтева у принципу негативан одговор, али опет правна сигурност у својој изузетности и поверење у правни поредак захтева позитиван одговор, макар и са одређеним специфичностима (дејство *ex nunc*, а не *ex tunc*).³⁰ Ово посебно имајући у виду крајње минорну улогу регистра привредних субјеката у поступку регистрације, уз непостојање претходне формалне јавнобележничке контроле.

III Право и правичност

Појам права је далеко шири од појма позитивног права што доказује и правни феномен „правичности“, као посебна правна вредност, коме и закони и кодификације поклањају „дужну пажњу“. Штавише, законодавци се на њу често позивају и упућују судију (или арбитра у феномену алтернативног решавања трговачких спорова) да решава по правичности (карактеристичан је у том погледу исказ швајцарског законодавца Грађанског законика да суд решава случај „према правилу, које би он сам као законодавац поставио“). Ипак, признавање правичности квалитета

28 За дејство „побојности“ код одлука о статусним променама вид. Татјана Јевремовић Петровић, „Ништавост статусне промене након регистрације“, *Анали Правног факултета у Београду – Анали*, бр. 2/16, 79-104.

29 „Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима је ништав, ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго“ – ЗОО, чл. 103, ст. 1.

30 Упор. Бранко Станић, „Ништавост одлука скупштине друштва и побијање одлука скупштине друштва“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2016, 416.

формалног извора права није тако заступљено у правној науци,³¹ чешће се прихвата као „помоћно средство при тумачењу права“.³² Неки су, пак, склони да и ово последње не прихвате налазећи да је пре реч о једном не-научном и неодређеном појму из арсенала сентименталности.

Улога правичности, као метаправног института, у праву може да буде значајна. Најпре, она помаже индивидуализацији случаја, чиме доприноси отклањању недостатака закона насталих у сложеној процедури доношења. Затим, она даје судијама широка овлашћења (чак и дискрециона). Најзад, она омогућује судији да се више удуби у чињенично стање (факте), чиме је у стварној могућности да нађе ближе *тачке спајања нормативног и фактичког* (као трајне тачке слабости позитивног права). На тај начин, исправно се примећује да правичност постаје један истински „правни стандард“.³³

Правичност може да има и има и неке друге посебне функције које комплетирају „друштвену функцију права“. Тако, правичност је инструмент „морализовања позитивног права“, чиме оно из сфере догматике и егзегезе улази у мисију коју у позитивном праву врши природно право. У том погледу, правичност (*equity*) одиграла је посебну улогу у енглеском праву (одрицање правне важности неморалног посла пошто судија има овлашћење да „завири у савест“ уговорника). Такође, идеја еквиваленције престација у уговорном праву, која је основ бројних правних института, има за свој основ институт правичности. То важи и за објективну одговорност и правичну накнаду штете на коју уговорно и деликтно право често упућују. Коначно, и институт осигурања заснивајући се у бити на принципу „узајамности и солидарности“ и водећи рачуна често о социологизирању одговорности, надахнут је управо филозофијом института правичности. Тако је и са заједничком хаваријом у поморском праву. Правичност није, уосталом, далеко ни од практичног оваплоћења једне од Радбрухових

31 Тај квалитет му изричито даје наш Божидар С. Марковић (*Правичност као извор права*, Београд, 1991а, 274–282); Коста Чавошки („Тумачење и индивидуализација права зарад правичности“, *Правни живот*, бр. 12/95, 775-781) говори о „саображавању општег закона правичности у појединачном случају“.

32 У арбитражном решавању спорова прихваћено је правило да се арбитражни спор може решавати по принципу правичности (*ex aequo et bono*) једино ако странке „изричито“ дају такво овлашћење арбитражном трибуналу (или арбитру појединцу). Вид. *ICC Arbitration Rules* (in force as from 1. January 2012), art. 21. para 3; *UNCITRAL Arbitration Rules* (as revised in 2013), art. 35, para 2; Правилник Сталне арбитраже при Привредној комори Србије, *Службени гласник РС*, бр. 101/16, чл. 42, ст. 4.

33 Б. С. Марковић, 276.

антиномија у праву и једне правне вредности – „сврсисходности“ (која овде не значи доминацију политичког већ социјалног и економског у праву). Управо на правичност је мислио и римски правник Улпијан са својом изреком „свакоме дати оно што му припада“. У свакодневном говору се за неког каже да је правичан (посебна важност управо за судије и арбитре) ако у „једнаким стварима једнако поступа“, односно у „различитим стварима различито поступа“ у мери њихове различитости. Зар се усталом и о законима не говори као о правичним (праведним) или неправичним (неправедним)? Да је ова правна вредност била бар у нужној мери у фокусу пажње законодавца, те да није у потпуности занемарена у целовитој друштвеној функцији права, зарад неких других друштвених (или „приватно друштвених“) вредности или зарад вредности по себи и за себе (како управо циљ приватизације дефинише један наш познати писац из области економије),³⁴ никада бројни закони о приватизацији на овим просторима не би имали форму (и „резултат“) какав су имали.

Правичност као правна вредност и данас је предмет бројних критика. Не без разлога, истиче се да она води претераном субјективизму (што је израз неодређености појма) у одлучивању судија и арбитра („сачувај ме боже судске правичности“, крилатица је која је резултат примене овог института чак и у Енглеској). Учињени су у теорији и пракси бројни напори да се правичност објективизира, али „дефинисана правичност не би више била правичност“.³⁵ Елиминисати овај институт значило би лишити право једног важног правног стандарда, попут злоупотребе права, више силе, савесности и поштења, јавног поретка и слично, лишити право неопходних социјалних сокова и друштвених вредности који воде материјалној правди. Правичност је истина израз несавршености законодавца и сложености мисије права, са мисијом која је блиска мисији „морализовања права“ или привођења права својој мајци „правди“, чиме позитивно право иде у сусрет природном праву. Истина, правичност води извесној правној несигурности, али „неправичност може компромитовати право и више и дубље него и сама несигурност“. Отуда, и „неправично право је несигурно право“, а „праву су обоје у истој мери неопходни, тако да оно треба да представља синтезу максимума сигурности и максимума правичности“.³⁶ Коначно, оно што би право изгубило кроз претерани правни формализам

34 Вид. Љубомир Мацар, „Приватизација као циљ привредне и друштвене транзиције“, *Својина и слободе* (ур. П. Васић *et al.*) Београд, 1996, 1–8.

35 Б. С. Марковић, 280.

36 Б. С. Марковић, *Правичност и правни поредак*, 1991b, 271–273.

и догматичност добило би кроз објективну и професионалну примену стандарда правичности.³⁷ При том, то наравно не значи да правник може заборавити при постојању правичности на само право. Још је, наиме, у XVIII веку искусни енглески класични правник Блекстон рекао да је *право без правичности*, иако тврдо и непријатно, још увек много корисније по опште добро него *правичност без права*. Треба ли се и овом приликом подсетити „оца класичног природног права“ Х. Гроцијуса који је написао да је правичност још увек „управо врлина која се састоји у поправљању онога у чему је закон због своје општости погрешно“.

IV Привредни судови и/или арбитраже

Српски закон који уређује арбитражу,³⁸ рађен по узору на Унцитрал Модел закон о трговинској арбитражи,³⁹ утврђује опште прихваћено правило решавања привредних спорова путем арбитраже (институционалне или *ad hoc*) само на основу споразума странака – подобност спора за арбитражу – арбитрабилност (тзв. компромис или компромисорна клаузула).⁴⁰ Недавним променама закона који уређује привредне коморе у Србији (и последичним Правилником) је доскорашња једина институ-

37 Тома Живановић (Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије – Синтетичка филозофија права I*, Класици југословенског права, Београд, 1997, 810-811) говори о материјалној (формалној, законској) правичности и судској (правопримењивачкој) правичности. Други аутори (Драган Митровић, *Држава, право, правда, правници*, Београд, 2009, 259-261) говоре о „праву на правично суђење“ или о „законитости као правди“ (Лон Л. Фулер, *Моралност права* – превод: С. Митровић, Београд, 2001, 176-178).

38 Закон о арбитражи – ЗА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 12.

39 Вид. Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд, 2013 (Модел-закон UNCITRAL-а о међународној трговинској арбитражи), 303-324.

40 О арбитражи уопште вид. Ph. Fouchar, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage international*, Paris, 1996; R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982; G. Born, *International Commercial Arbitration in the United States*, Boston, 1994; R. Merkin, *Arbitration Law*, London, 1991; Иво Грбин, *Признање и извршење одлука страних судова*, Загреб, 1980; Александар Голдштајн, Синиша Трива, *Међународна трговачка арбитража*, Загреб, 1987; Миодрог Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Београд, 2000; Зборници реферата са Саветовања о Спољнотрговинској арбитражи (I – 1963, II – 1965 и III – 1966), у организацији Института за упоредно право; Зборник: *Међународна трговинска арбитража* (припрема и редакција Добросав Митровић), Београд, 1996; Гашо Кнежевић, *Међународна трговачка арбитража*, Београд, 1999; Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, Београд, 2003; Милена Петровић, *Решавање спорова пред међународном трговачком арбитражом*, Крагујевац, 1996; Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 1998; М. Станивуковић, 15-275; Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, 17-254.

ционална Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије преименована у Сталну арбитражу при овој комори,⁴¹ са проширењем надлежности споразумом уговорних страна решавања поверених спорова не само из међународног пословног односа већ и из домаћих пословних односа привредних субјеката. Досадашња пракса постојања одвојеног Сталног избраног суда при овој комори за решавање вољом домаћих уговорних страна поверених спорова показала се неуспешном, с обзиром на то да је такав број дугогодишње и континуирано био занемарљив, док је број спорова из међународних пословних односа које је решавала једина институционална арбитража био релативно задовољавајући.⁴² Разлози за неприхватљиво мали број домаћих спорова које уговорне стране споразумно поверавају на решавање уговорној (недржавној) институцији, изгледа, тешко су докучиви. Ово посебно имајући у виду неспорну чињеницу да једностепеност арбитражног решавања спорова, по логици ствари, што и пракса евидентно показује, исходује далеко брже решавање насталог спора од двостепености (не рачунајући и могуће ванредне правне лекове) решавања пред државним судовима.⁴³ Уз то, донедавна предност државног судовања у односу на арбитражно у погледу трошкова поступка променама судских тарифника углавном је ишчезла, тако да и на том плану арбитраже (бар у Србији) постају конкурентније и пожељније.⁴⁴ У

41 Закон о привредним коморама Србије, *Службени гласник РС*, бр. 112/15, чл. 31 и Правилник Сталне арбитраже при Привредној комори Србије, чл. 1.

42 Према расположивим и доступним подацима, домаћа институционална арбитража је бележила и по 120 случајева годишње (за време бивше државе), што је, истина, након распада државе и конституисања институционалних арбитража при ранијим републикама (нове државе) драстично смањено, али и даље релативно значајно, с обзиром на то да је домаћа арбитража последњих десетак година бележила само неких десетак спорова. Вид. Јелена Перовић, Милена Ђорђевић, „Resolution of Commercial Disputes Through Arbitration as a Contributor to Improvement of Business Environment in Serbia“, *Економика предузећа*, март-април 2013, 241-242.

43 У литератури се, на пример, наводи да подаци Светске банке сведоче да у Србији просечни привредни судски поступци трају 525 дана (од подношења тужбе до правоснажне судске одлуке), док према статистици Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије просечно трајање арбитражног поступка у 2015. години износило је 123 дана, у 2014. години 103 дана, а у 2013. години 171 дан – дакле, у просеку 3 до 5 пута краће него пред државним судовима). Вид. Љубица Милутиновић, М. Ђорђевић, „Медијација и арбитража“, *Билтен – Врховни касациони суд*, бр. 2/2016, 284.

44 У литератури се, на пример, наводи да су спорови вредности од 100.000 евра у трошковном смислу повољнији 51-70% при арбитражном решавању у односу на решавање пред државним судовима, док спорови вредности од 500.000 евра при арбитражном решавању мање коштају 31-41% од судског решавања. Вид. Љ. Милутиновић, М. Ђорђевић, 287.

принципу, овакве констатације не могу да поремете (како у временском смислу тако и у трошковном) ни евентуални покренути поступци за поништај арбитражних одлука пред надлежним српским државним судовима (дозвољени законом у крајње рестриктивним случајевима), с обзиром на то да се покрећу у занемарљивом броју случајева и углавном имају негативан исход.⁴⁵

Арбитражно решавање спорова, посебно домаћих, као и друге форме алтернативног решавања спорова, у односу на судско решавање, попут медијације,⁴⁶ у Србији дакле нема задовољавајуће ухлебљење, иако су с правом замишљени као инструменти ефикаснијег решавања привредних спорова, што је интерес привредних субјеката. Отуда, Национална стратегија реформе правосуђа и Акциони план националне стратегије реформе правосуђа, као и Акциони план преговарачког поглавља са ЕУ (бр. 23) утврђују стратешке мере унапређења алтернативног решавања привредних спорова. Неспорно је да оне имају и своју институционалну форму али и свој нормативни изражај. Посебно, „блиски сусрет“ арбитраже (и других форми алтернативног решавања привредних спорова) и суда мора бити постављен на кристално јасну основу, с обзиром на то да арбитража има наглашену потребу за судском помоћи (извођење доказа, привремене мере, поништај домаћих арбитражних одлука, признање страних арбитражних одлука, суд као орган именовања и изузећа арбитра у *ad hoc* арбитражама), али само у вези радњи „које су изричито одређене законом“. Ван тога, уважавајући темељне столетне принципе арбитраже (независност, приватност природе, самосталност, поверење странака, *kompetenz-kompetenz*) суверност арбитраже не сме бити ничим нарушена. Таква сувереност мора бити гарантована и јасном законском инфраструктуром која тражи унапређење и чињење неспорним бројних отворених питања (потребна централизација и једноступеност одлучивања од стране једног, највишег, привредног суда на законски дефинисаним тачкама сусрета суд-арбитража; питање извршности привремених мера донетих од стране арбитраже; правно дејство отварања стечајног

45 У литератури се наводи да је од неколико стотина донетих арбитражних одлука пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије од 1992. до 2006. године било свега 25 поступака за поништај арбитражне одлуке, док је анализа седам одлука српских судова везаних за ове поступке показала да је свега у једном случају суд поништио арбитражну одлуку и усвојио тужбу за поништај. Вид. Љ. Милутиновић, М. Ђорђевић, 288; М. Станивуковић, „Поништај арбитражне одлуке у домаћој судској пракси“, *Арбитража*, 2006, 167-201.

46 Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС*, бр. 55/14.

поступка на арбитражни поступак; могуће и потребно проширење подобности спорова за арбитражу – проширење арбитрабилности и слично). На овом путу – путу интереса привреде и инвеститора свих боја све институције морају да препознају своју позваност за делотворност (Министарство правде, Привредна комора, професионална струковна удружења, привредни судови, арбитраже, законодавац, Правосудна академија, правни факултети, арбитражи, медијатори, судије). Озбиљним и континуираним активирањем, квантитативним и квалитативним, алтернативног начина решавања привредних спорова, посебно домаћих, почетно питање привредни судови и/или арбитраже неће се више постављати ни у искључивој ни у алтернативној форми, што је сигурна гаранција и растерећења судства, и ефикаснијег решавања привредних спорова, и интереса привреде и, тиме, интереса државе и друштва.

V Компанијско и берзанско право и судска пракса

1. Хармонизовање регулативе статусних промена са правом ЕУ и (не)сигурност поверилаца

Српски Закон о привредним друштвима наводно следећи одговарајућу регулативу ЕУ одговорност у случају статусних промена привредних типа подела („чиста“ подела, подела комбинована са формама спајања, „чисто“ издвајање, издвајање комбиновано са формама спајања) регулише на другачијој основи у односу на ранији истоветни закон. Наиме, док је ранији закон установљавао солидарну неограничену одговорност новонасталих субјеката из ових статусних промена за обавезе друштва из ког су настала – друштво преносилац, а које нису распоређене на неко од друштава стицалаца (подељено друштво, друштво из ког је издвојен део имовине), уз могућност каснијег регреса између тих друштава,⁴⁷ дотле нови (позитивни) закон уводи неку форму солидарне ограничене одговорности за обавезе друштва преносиоца које нису распоређене ниједном друштву стицаоцу „до износа разлике (подвукао аутор) између вредности имовине која је на то друштво пренета и обавеза које је то друштво преузело“, односно неку врсту међусобне супсидијарне ограничене одговорности више новонасталих друштава стицалаца за обавезе друштва преносиоца које су пренете на остала друштва стицаоце „до износа разлике (подвукао аутор) вредности имовине друштва преносиоца која му је

47 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125 /04, чл. 413, ст. 2.

пренета и обавеза друштва преносиоца које је преузело, осим ако је са одређеним повериоцем другачије уговорено“.⁴⁸

Солидарна ограничена одговорност новонасталих друштава за *непренете обавезе* друштва преносиоца, односно међусобна супсидијарна ограничена одговорност новонасталих друштава из статусних промена за *пренете обавезе*, као позитивно правни режим нашег компанијског закона, у значајној мери погоршава позицију поверилаца друштва преносиоца у односу на ранији компанијски закон, а посебно, што је још важније не одражава на прави начин ни идеје тзв. Шесте директиве ЕУ везане за одговорност за обавезе друштва преносиоца (како пренете на новонастала друштва тако и непренете). Најпре, Шеста директива прописује солидарну одговорност друштава стицалаца као форму заштите поверилаца друштва преносиоца (за пренете обавезе), уместо наше супсидијарне одговорности.⁴⁹ А затим, још важније, ограничење и солидарне и супсидијарне одговорности не чини обавезним већ оставља државама чланицама да то могу учинити („*may limit such joint and several liability to the net assets allocated to each of those companies*“).⁵⁰ Наше је чврсто уверење да је у оваквим околностима за нашу земљу било далеко боље решење да је остављено решење ранијег закона о солидарној неограниченој одговорности (и међусобне између друштава стицалаца за пренете обавезе и за непренете обавезе друштва преносиоца друштава стицалаца).⁵¹ На овај

48 ЗОПД, чл. 505, ст. 3, тач. 3 и чл. 506, ст. 2.

49 Разлику вид. М. Васиљевић, 90-94.

50 Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies *OJ L* 378, 31.12.1982, чл. 12. Вид. Vanessa Edwards, *EC Company Law*, New York, 1999, 109-111.

51 Ситуацију додатно компликује и норма ЗОО (приступање дугу у случају примања неке имовинске целине – чл. 452):

(1) Лице на које пређе на основу уговора нека имовинска целина физичког или правног лица, или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно на њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно с њим, али само до вредности њене активе.

(2) Нема правног дејства према повериоцима одредба уговора којом би се искључивала или ограничавала одговорност утврђена у претходном ставу.

Непрецизност ове норме Закона о облигационим односима, посебно са становишта обима и случајева примене (вид. Закључак Уставног суда Србије Iуо 354/213, од 19.04.2016; одлука Уставног суда БиХ, АП 4490/14, *Службени гласник БиХ*, 12/16; одлука Вишег привредног суда Србије, Пж – 3059/00; одлука Врховног касационог суда Србије, Прев 91/07; одлука Врховног суда Хрватске, Рев. 2077/01), те несигурност поверилаца из приватизације по основу *закључених уговора о куповини имовине* (уз уговорно искључење одговорности за обавезе и остављање обавеза дотадашњем дужнику), што је

начин сигурност поверилаца друштва преносиоца била би утемељенија и у материјалном смислу и у процесном смислу (не би морао да буде обавезан да као тужилац доказује да та разлика вредности имовине и пренетих обавеза постоји код конкретног друштва стицаоца и да тиме постоји његова солидарна или супсидијарна одговорност за обавезе које је створио њихов ранији дужник – друштво преносилац – *probatio diabolica*). На различиту праксу наших судова⁵² и различит третман поверилаца у овим споровима, те тиме и изражену правну несигурност и повреду права на правично суђење указао је и Европски суд за људска права у Стразбуру.⁵³

2. Затварање друштава у фокусу права мањинских акционара

Чини се да је наше неразвијено тржиште капитала,⁵⁴ у недостатку ефикасних санкција и у недостатку њихове адекватне примене, изнедрило бројне злоупотребе, чак и ако у неким случајевима законска решења нису заостала за потребама времена, с обзиром на то да модел „корисних организованих малверзација“ у својеврсном „четвороуглу“ (брокери, адвокати, проценитељи вредности акција и правосудни систем) даје „резултате“. Ако је већ, а јесте, законодавац утврдио „највишу вредност акција“ (између тржишне, књиговодствене и процењене) као основ права несагласних (мањинских) акционара, у условима неразвијеног тржишта капитала то редовно доводи до последице да се „процењена вредност“ (која без обзира на постојање стандарда процене у сваком случају обилује

навело судску праксу да лимитира њену примену (куповина стана и одговорност купца за неплаћене обавезе ранијег власника везане за власништво стана – критика: Ненад Тешић, „О „изузетности“ дуга за струју“, *Хармониус*, 2016, 293-319; одговорност наследника за обавезе оставиоца – Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95 и 101/03 – одлука Уставног суда Србије, 6/15, члан 222 и слично; вид. Дејан Ђурђевић, „Заштита наследника од последица стицања презадужене заоставштине“, у: *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, Зборник радова, књига VI*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016, 171-187), у ситуацији постојања посебних норми Закона о привредним друштвима који уређује одговорност код статусних промена привредних друштава одступајући делимично од овог института, требало би заузети став о непримени ове одредбе на „располагање имовинским целинама“ у случају статусних промена.

52 Вид. Боривоје Гајић, „Солидарна одговорност и статусна промена привредног друштва“, *Билтен – Врховни касациони суд*, бр. 3/16, 153-174.

53 Вид. Вучковић и др. против Србије, бр. 17153/11; Винчић и др. против Србије, бр. 44698/06.

54 Укупан промет 2015. године на Београдској берзи износио је свега 186 милиона евра, што је тек девет одсто од нивоа рекордне 2007. године. Вид. Ненад Гујаничић, „Још једна мршава година“, *Политика*, 5. јануар 2016. године.

елементима арбитражности и субјективности)⁵⁵ утврђује као „највиша“, а што за редовну последицу има повећани број спорова по тужбама мањинских акционара (тима и трошкова процене, судских трошкова, адвокатских трошкова и других трошкова), као и како већ пракса озбиљно упозорава манипулативних понашања на тржишту капитала, чији су учесници редовно брокери, проценитељи капитала, а не ретко и сама организована тржишта капитала и адвокати и, чак, и судови (недовољно утемељеним одлукама).

Кад је, пак, о самој законодавној равни реч, чини се да је законодавац озбиљно погрешно кад је утврдио право несагласних акционара на излазак из друштва уз обавезу друштва да им откупи акције (у случају постојања основа утврђених законом и на основу закона статутом) „по највишој вредности“ утврђеној у троуглу између књиговодствене, тржишне и процењене, дајући тиме концесију арбитражности и субјективности, с обзиром на то да то практично значи да ће углавном бити процењена вредност, уместо да се определи за објективну категорију тржишне вредности у сваком случају.⁵⁶ Да законодавац није имао јасну визију решавања овог питања доказ је и чињеница да је у другим случајевима прибегао другим критеријумима, иако не стоје посебни разлози који би то оправдали (нпр. у случају статусних промена „законити имаоци заменљивих обвезница, вараната и других хартија од вредности са посебним правима, осим акција, које је издало друштво преносилац које престаје услед статусне промене“, могу имати и право на уговорној основи да им друштво стицалац обавезно – ако је тако уговорено – „откупи те хартије од вредности“ по њиховој „тржишној вредности“, односно у случају спора по њиховој „откупној цени“.⁵⁷ Да се законодавац у обликовању овог инсти-

55 Ово најбоље илуструје одлука Привредног апелационог суда Пж 443/15, поводом спорне вредности акција код утврђивања права мањинских акционара у предметном спору. Наиме, у конкретном случају процењена вредност акција по налазу вештака износила је 38.974,40 динара, док је неспорна тржишна вредност акција износила 10.537,18 динара. Разумљиво је да је у оваквом случају Привредни апелациони суд укинуо одлуку првостепеног привредног суда, с обзиром на то да је имајући у виду обим утврђене разлике између тржишне и процењене вредности акција налагао разјашњење „спорне чињенице од којих зависи правилност обрачуна вредности акција, што првостепени суд није учинио“.

56 Закон о трговачким друштвима Хрватске (пречишћен текст: *Народне новине*, 152/2011, чл. 562, 549.г, 550.ј, 570 и слично), такође регулише права несагласних акционара (и чланова друштва с ограниченом одговорношћу) у форми „примерене новчане накнаде“ или „примерене отпремнине“, на пример, у неким случајевима статусних промена привредних друштава или промена правне форме, али, чини се, у нешто рестриктивнијој форми.

57 ЗОПД, чл. 513.

тута понашао као „слон у стакларској радњи“ доказ је и чињеница да код статутарног основа за права несагласних акционара у складу са законом говори о праву на „накнаду тржишне вредности акција“,⁵⁸ а код утврђивања „права на исплату“ несагласног члана друштва преносиоца код статусних промена говори о „откупној цени његових акција“ која одговара „тржишној вредности тих акција“,⁵⁹ при чему опет у оба ова случаја утврђује као опште правило право несагласних акционара и у овим случајевима на „највишу вредност“ (између три система утврђивања)!? Коначно, да „чорба буде још гушћа“, у случају преузимања акционарских друштава јавном понудом у складу с посебним законом и општим правилима закона који уређује привредна друштва, иако законодавац полази од правила да је контролни акционар дужан у дефинисаном законском поступку да откупи акције од преосталих акционара сходном применом решења која важе за цену акција несагласних акционара код остваривања права на излазак из друштва, ипак прописује и *изузетак*⁶⁰ којим дозвољава (код постојања прописаних основа) таквом акционару да у прописаном року од истека рока понуде за преузимање акција „спроведе принудни откуп акција по условима из понуде за преузимање“.⁶¹

Чињеница да наш законодавац (код уређивања привредних друштава) основе права несагласних акционара (везано за тржиште капитала или независно од овог тржишта) на излазак из друштва уз обавезу друштва на откуп њихових акција „по највишој вредности“ (у „бермудском троуглу“ књиговодствене, тржишне и берзанске) везује за „дан доношења одлуке о сазивању седнице скупштине“ (у односу на који се и утврђују све три наведене вредности акција) предупредује могуће манипулације са трговином акцијама од овог момента до утврђеног дана ак-

58 ЗОПД, чл. 474, ст. 1, тач. 6.

59 ЗОПД, чл. 508, ст. 1 и 2.

60 О испуњености услова за овај изузетак или примени општих правила Закона о привредним друштвима код утврђивања цене акција несагласних акционара при остваривању права изласка из друштва види ревизиону одлуку Врховног касационог суда Прев. 286/2014, којом је укинута решење Привредног апелационог суда Пвж 388/14 и предмет враћен на поновно суђење, као и последичну одлуку Привредног апелационог суда Пж 443/15.

61 ЗОПД, чл. 523. Вид. Ревизиона одлука Врховног касационог суда, Прев. 157/2014, од 5.03.2015. Вид. и: Бранко Станић, „Понуда за преузимање акција и утврђивање цене акција у поступку преузимања и поступку принудног откупа акција“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/15, 384-388.

ционара за предметну скупштину⁶² (својство акционара у том моменту регистровано у Централном регистру чини га потенцијалним титуларом права несагласног акционара). Ипак, како пракса показује то није увек случај. Ово нарочито у случају постојања основа за затварање јавних друштава у случају неликвидних акција (недовољан промет акција у складу са законом који уређује тржиште капитала) на тржишту капитала, кад се стичу основи за повлачење са тржишта капитала и претварање јавних друштава у нејавна.⁶³

Иако, чини се Закон о привредним друштвима затвара простор за манипулативна трговања која би се вршила после овог момента и која би утицала на цену акција, решењем да су оваква трговања правно ирелевантна у смислу утврђених права мањинских акционара и у смислу постојања основа за повлачење акција са организованих тржишта капитала и затварања јавног друштва у нејавно (такав основ мора постојати у моменту доношења одлуке о сазивању седнице скупштине чију тачку дневног реда чини и таква предметна одлука), чини се да такав простор ипак остаје у знатно суженом обиму на тржишту капитала⁶⁴ (могуће сазнање за будуће сазивање скупштине са том тачком дневног реда од стране инсајдера и могућа злоупотреба инсајдерских информација са утврђеним правним режимом таквих злоупотреба – „забрањено је...“, што би требало да значи природа ништавости).⁶⁵ Ипак, и поред тога, решења овог закона далеко су рестриктивнија за потребе сузбијања манипулација на тржишту капитала, од закона који уређује тржиште капитала. Наиме, потонји закон чини правно релевантним у смислу стицања основа за ова права несагласних акционара (где спада и начин утврђивања цене акција) и трговања од момента доношења одлуке о сазивању седнице скупштине на којој се доноси предметна одлука до дана акционара (иако би из закона који уређује тржиште капитала произишло да то може и до одржавања те седнице и доношења те одлуке, што је правни нонсенс због правне релевантности дана акционара за утврђивање самог својства акционара и тиме и несагласног акционара). Кад се има у виду да се манипулацијама на организованим тржиштима капитала у овом међувремену може трговати акцијама до „математички“ утврђеног законског прага, како би

62 „Дан акционара је дан на који се утврђује списак акционара који имају право на учешће у раду седнице скупштине и пада на десети дан пре дана одржавања те седнице“ (ЗОПД, чл. 331, ст. 1).

63 Закон о тржишту капитала – ЗТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, чл. 70 и 123.

64 ЗТК, чл. 85-86.

65 ЗТК, чл. 75-84.

основ и даље постојао али како би се вештачки „произвела“ „највиша вредност“ (или основ ових права и не постоји или ако постоји у међувремену отпадне, а утврђени режим исплате акција несагласних акционара већ доведе до њихове исплате⁶⁶ и често и по „највишим ценама“ постигнутим манипулативним међувременским трговањем или арбитражном проценом), онда је сасвим јасно да нам привредна регулатива и интереси привреде иду различитим колосецима.

Дакле, чини се да је регулатива нашег тржишта капитала, у жељи да активира мале инвеститоре (грађане и предузетнике) код улагања у корпоративне хартије од вредности, у околностима у којима се то није десило, постала заробљеник гарантованих права тзв. малих акционара који су инвестирали у те хартије. У условима њиховог подстицања на активирање својих права од стране разних тржишних манипулатора и мешетара, те и садејства других интереса (својеврсно „организовано манипулативно понашање“), угрожено је озбиљно пословно планирање и инвестирање.

3. Располагање имовином велике вредности и права мањинских акционара

Закон о привредним друштвима регулише институт стицања и располагања имовином велике вредности руковођен првенствено ужим претпостављеним интересом мањинских (несагласних) акционара, с обзиром на то да утврђује њихово право на излазак из друштва у случају да скупштина друштва донесе законито ову одлуку, уз право на накнаду „највише вредности својих акција“ (у конкуренцији процењене, тржишне и књиговодствене). Наиме, према решењу овог закона сматра се да друштво стиче, односно располаже имовином велике вредности ако стиче, односно располаже имовином чија набавна и/или продајна и/или тржишна вредност у моменту доношења одлуке о томе представља „30% или више од књиговодствене вредности“ укупне имовине друштва исказане у последњем годишњем билансу стања (при овом се математички критеријум „обрушава“ на било коју од ових цена – набавна и/или продајна и/или тржишна која прелази овај праг, руководећи се својом циљном функцијом овог института – заштита претпостављених интереса мањинских акционара). Уз то, законодавац, руковођен истом циљном функцијом института издашно га утврђује на широкој основи (приде још и на нелимитативној основи: „нарочи-

⁶⁶ „Одлука ... ступа на снагу давањем писане изјаве од стране ... да су сви несагласни акционари у целости исплаћени за вредност својих акција...“ – ЗОПД, чл. 474, ст. 4 и чл. 475, ст. 2 и 3; ЗТК, чл. 123, ст. 3.

то“): „куповина, продаја, закуп, размена, успостављање заложног права и хипотеке, закључење уговора о кредиту и зајму, давање јемства и гаранција и предузимање било које друге радње којом настаје обавеза за друштво“, додајући у истом „демократском расположењу“ да се „у смислу овог института сматрају имовином и ствари и права, укључујући и непокретности, покретне ствари, новац, хартије од вредности, удели, потраживања, индустријска својина и друга права“.

Покушавајући, пак, да направи какву такву равнотежу, законодавац мисли крајичком ока „великодушно“ ипак и на интерес самог акционарског друштва (*sic!*) – „изузетно, не сматра се за стицање, односно располагање имовином велике вредности куповина или продаја имовине која је извршена у оквиру редовног пословања друштва“. Коначно, „има се, може се“, законодавац задајући завршни ударац интересима самог акционарског друштва (у који ваљда спада не само интерес контролних акционара, већ и интерес самих мањинских акционара), не знајући убиствену по интресе привреде моћ слова, цементира „осмишљавање“ овог института руковођен својом идејом смисла у бесмислу: „једним стицањем, односно располагањем, у смислу овог института, сматра се и више повезаних стицања, односно располагања извршених у периоду од годину дана, при чему се као време настанка узима дан извршења последњег стицања, односно располагања“.

У оваквим околностима „наглавачке“ постављеног института од стране законодавца судској пракси није остављено ништа друго до да следи законодавца.⁶⁷ Док остаје у овим водама судска пракса подржава врховни правни принцип правне сигурности, али остаје упитно да ли она то увек чини тако или још више својим правно недовољно утемељеним ставом штити и иначе контроверзан интерес мањинских акционара у овим случајевима на штету интереса привреде.⁶⁸ Остаје нам да закључи-

67 „Сагласно са одредбом члана 475 Закона о привредним друштвима акционар који је поднео захтев за откуп акција не може оспоравати одлуку друштва на којој заснива то право, те се у судском поступку који је покренут по тужби несагласног акционара за откуп акција, не расправља о правилности и законитости одлука скупштине (стицање и располагање имовином велике вредности – примедба аутора). Такође, ни друштво, на чијој седници скупштине је донета одлука којом је одобрено располагање имовином велике вредности, којој је претходило одлучивање и гласање о таквом располагању, по тужби несагласног акционара за откуп акција, карактер такве одлуке не може оспоравати“ (пресуда Привредног апелационог суда, бр. Пж 27/14, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 1/2016, 65-66).

68 У једном случају (пресуда Привредног суда у Ваљеву П 596/13 и пресуда Привредног апелационог суда Пж 6841/14, којом је укинута првостепена пресуда и предмет враћен на

мо да пре свега законодавац, али и судска пракса у свом простору примене закона, нису размишљали да логику бројева поставе на другој основи, како би истински служила интересима привреде. Наша појединачна знања о заробљености управа акционарских друштава, па и друштава с ограниченом одговорношћу (на које се овај институт такође примењује „ако оснивачким актом није другачије одређено“),⁶⁹ оваквом ограничавајућом по привредне интересе логиком законодавца говоре о потпуној везаности руку и „довијању“ на разне начине како „доскочити“ законодавцу руководећи се интересом акционарског друштва (који персонификује и интерес мањинских акционара) и слободe одлучивања.

VI Регулатива и судско виђење права мањинских (несагласних) акционара из критичког угла

Овакав законски прилаз праву несагласних акционара на излазак из друштва не води хармонији самог акционарског друштва и афирмацији његових интереса као својеврсног правног субјекта (који би претпостављено требало да буде и интерес акционарске већине која твори пред-

поновно суђење) расправља се по основу тужбе несагласних акционара за остварење њихових права на излазак из друштва по основу располагања имовином велике вредности у контексту основа „успостављања заложног права и хипотеке“ и „закључења уговора о кредиту и зајму“ (конкретно уговора о репрограму кредита у односу на раније закључене уговоре о кредиту по којима није извршена отплата). Основ за укидање првостепене одлуке и враћање предмета на поновно суђење по налазу Привредног апелационог суда нађен је у чињеници да је овај суд за остварење права несагласних акционара пошао од „укупне вредности заложене ствари“ (курзив МВ), коју вредност је сабрао са „вредношћу другог располагања, односно уговора о кредиту“, а по схватању овог суда за то је требало да служи само „вредност оптерећења непокретности (курзив МВ) заснивањем хипотеке или залоге на стварима и потраживањима“. Дакле, и за Привредни апелациони суд није спорно „сабирање“ двају вредности: вредности оптерећења непокретности и вредности уговора о кредиту у контексту утврђења постојања основа за права несагласних акционара за излазак из друштва и последичне обавезе откупа њихових акција од стране самог акционарског друштва доносица таквих одлука. Оваквим ставом се још више угрожава интерес друштва за закључење уговора о кредиту давањем обезбеђења на својој непокретности а проширују права несагласних акционара у контексту ових пословних одлука. Неспорно је да су уговор о кредиту (или репрограму кредита) и обезбеђење кредита имовином друштва повезани правни послови, али *ови послови оптерећују једноструко имовину друштва (а не двоструко)* и отуда само једна вредност (вредност оптерећења непокретности или вредност уговора о кредиту) може бити основ примене института располагања имовином велике вредности и права несагласних акционара по том основу а не сабране обе вредности (у ком случају остаје спорно која од ове две вредности јер је редовно вредност оптерећења непокретности виша од вредности уговора о кредиту).

69 ЗОПД, чл. 473.

метну одлуку и потенцијално несагласне акционарске мањине). Овакав законски прилаз води дисхармонији друштва и супротстављености интереса акционарске већине и акционарске мањине, већ по самој законској претпоставци. Уз то, на овој основи продукује се уздржавање управа друштава на доношење таквих одлука, с обзиром на то да оне финансијски знатно исцрпљују друштво и еродирају економску вредност предметних одлука. Уместо тога, законодавац је морао да и решењем права несагласних акционара код креираних основа права њиховог изласка из друштва и обавезе друштва да им откупи акције, цементира своје *темељне принципе дужности лојалности друштву акционара са значајним, контролним и већинским капитал учешћем* (поступање у интересу акционарског друштва).⁷⁰ Како је и у оваквим случајевима по законској гаранцији установљена дужност лојалности друштву акционара са значајним, контролним или већинским капитал учешћем при доношењу одлука у скупштини друштва (поступање у интересу акционарског друштва, који чине и ови и потенцијално несагласни акционари), то је примереније решење интересу акционарског друштва (и акционарске већине и мањине) уместо отварања врата несагласним акционарима да изађу из друштва („*право повлачења из друштва*“) са датом обавезом друштва које је самим законом прописано за акционаре подређеног друштва код закључења уговора о контроли и управљању – *гаранција несагласним акционарима* (отворено је питање да ли само њима због принципа равноправности акционара исте класе?) *просечне дивиденде (у мери у којој је исплаћивана)* по акцији за претходне три пословне године (у наредних неколико година – не мање од три и не више од пет).⁷¹ Алтернативно, акционарска већина која је донела предметну одлуку која активира „право повлачења несагласних акционара“ могла би се обавезати да уместо друштва сама откупи акције таквих акционара по правичној цени.⁷² На овај начин били

70 Не треба заборавити и темељни принцип компанијског права да је улог у акционарско друштво трајни улог (на неодређено време), те се друштво принципијелно не може обавезивати да посредно лимитира или искључује овај принцип правом принципијелно супротним корпоративној форми – „право повлачења акционара из друштва“, макар и код законом дефинисаних „озбиљних основа“ на својеврстан начин подстиче законским обавезивањем да само откупи акције несагласних акционара код одлука из тих основа и то по „највишој вредности“, уместо да такву улогу преузме воља акционара и тржиште капитала. Уз то, акционарско друштво овакве компензације изласка из друштва не би могло плаћати из имовине друштва, осим посебних фондова за те намене. У том смислу вид. G. Roth, P. Kindler, 143-146.

71 ЗОПД, чл. 562.

72 Упор. G. Roth, P. Kindler, 148-149.

би потврђени темељни принципи компанијског права (трајни улог, одржање основног капитала, одговорност контролних акционара самом акционарском друштву), а не демантовани истим законом, акционарска потенцијална несагласна мањина би се осећала интегралним стубом друштва и преузимала би (ограничени) ризик пословних одлука акционарске већине заједно са том већином, а управе друштва биле би иницијативније и имале би више простора за предузетничке иницијативе и њихов непосредни економски изражај (ненарушен финансијским теретом императивног законског задовољења права несагласних акционара да изађу из друштва уз накнаду „највише“ вредности акција од стране самог друштва).

VII Закључне опсервације

Нема сумње да су закони и судска (и арбитражна) пракса повезани као спојени судови. Ово ипак не значи да су добри закони пут ка доброј судској (и арбитражној) пракси, као што ни лоши закони не воде увек и лошој пракси примене. Наравно, да је пожељност добрих закона као олакшање посла судској (и арбитражној) пракси темељна вредност права, али и када то није случај праву и себи одговорна пракса примене прописа може у великој мери да допринесе „исправљању“ некавалитетног права. Много умних глава потрошило је широм света, од античких времена до данас, своја пера пишући о значају добре примене права, чак и у условима „неподношљиво неправедних закона“ (идући „корак даље од закона али не без закона“), залажући се за животност и допринос идеји права креативних сокова судске (и арбитражне) праксе, која тиме и у условима строге поделе власти врши својеврсно затварање круга мисије права доследном индивидуализацијом апстрактне неживотне законске норме применом на конкретни животни случај. За овакву мисију примене права потребна је чврста, не колебљива, трајна, не пролазна, на закону увек заснована, а не од закона отуђена, професионална у сваком погледу, не полупрофесионална, бранљива и аргументована, не небранљива и дискрециона, убедљива и уверљива, не неубедљива и неуверљива судска пракса. За овакву мисију примене права потребно је и веће поверење привредних субјеката (пре свега домаћих) у арбитражно решавање спорова уговарањем надлежности сталних или *ad hoc* арбитража или споразумним приступом арбитражи кад спор настане и без претходног уговарања надлежности, што је данас скоро опште место привреда стабилних земаља. Разумно је очекивати да то препознају и наши привредни субјекти, који у условима приватизованих привредних друштва имају интерес

да се спор реши што брже и са не много трошкова, уз препознатљиву мисију арбитраже очувања будућих пословних односа између пословних партнера са привременим пословним неспоразумом. Овакав пут развоја судске и арбитражне праксе трајан је и животан интерес и наше привреде и државе.

Mirko VASILJEVIĆ, PhD
professor at the University of Belgrade Faculty of Law
president of Permanent Court of Arbitration of the Serbian Chamber of Commerce

ECONOMY AND CASE LAW AND ARBITRAL PRACTICE

If you judge – investigate, if you rule – give orders!

(Seneca)

Summary

In this article the author analyzes the issue of the status of primarily national case law and arbitral practice and its „contribution“ to the development of economy and legal certainty for commercial entities (companies and entrepreneurs).

Firstly, the author considers general issues regarding importance of case law and arbitral practice and its entrapment by often unexplainable and insufficiently professional legal language⁷³ (uncertainty of members of commercial company and creditors in the context of nullity of establishing a commercial company, nullity of articles of association, nullity of registration, nullity-voidability of decisions of shareholders' general meeting and similar), which sometimes objectively stops it from being „the mouth of the law“, and the word of law and justice, and also philosophy and legal issue before which this practice is present in numerous cases of finding of the answer to the question of relation between law and justice.

73 „No interpreter is needed for the things understood by everyone in the same way“, as famous Bogišić stated in his General Code of Property – GCP, text from 1898, art. 994. See: Zoran Rašović, *Bogišićeve pravne izreke*, Podgorica, 2016, 215.

Secondly, the author especially analyzes reasons for a small number of arbitration dispute resolutions in national practice, not only between national commercial companies, but also between national and foreign ones, which should be looked for not only in the legal sphere (non-contracting the jurisdiction), but especially in the meta-legal sphere of still insufficient authoritativeness and independence principally of the state commercial courts before all, and in that way expressed great influence of this sphere to outcome of these disputes.

Furthermore, the author critically analyzes the representative sample of decisions of the commercial courts which are not in the line with law, not even in the part where its preciseness and unambiguity can not be disputed, which is often the result of professional slavery to legal wording and rhetoric instead of „understanding of its reason and sense“.⁷⁴ Critical observations firstly refer to decisions related to mergers and acquisition and uncertainty of creditors, captivity of commercial company by the rights of minority shareholders to exit the company and the company's obligation to repurchase their shares at the „highest value“, and lastly, controversies regarding the disposal of major assets.

Finally, the author advocates the greater role of notaries, similar to German law, in company law (solemnization of companies' articles of association, as well as documents needed for mergers and acquisition and changes of company's form, and, after all, decisions of shareholders' general meeting in joint stock companies) in order to improve legal certainty (under no circumstances can this principle be subordinated to the cost principle).

Key words: *economy, case law, arbitral practice, commercial courts, arbitrations, minority shareholders, mergers and acquisitions, company law, stock exchange law.*

⁷⁴ „The one who knows only legal wording, still does not know the law, until he realizes its reason and sense“, GCP, art. 993.

ПРАВО ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Др Зоран АРСИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ЗАБРАНА УПИСА АКЦИЈА

Резиме

Акционарско друштво не може уписивати акције које само издаје. Акције друштва не може уписивати његово контролисано друштво, нити те акције може уписати треће лице које поступа у своје име, а за рачун контролисаног друштва. Чланови одбора директора, односно извршног и надзорног одбора одговорни су за извршење чинидбе улога. Споразум о ослобођењу од одговорности или обештећење је ништав. Ова лица се могу ослободити одговорности ако докажу да нису знала нити су могла знати да је дошло до повреде споменутих забрана. Ако је акције уписало треће лице у своје име а за рачун друштва, сматраће се да је то лице уписало акције за свој рачун.

Кључне речи: акција, упис.

У чл. 281 Закона о привредним друштвима из 2011. године предвиђена је забрана уписа сопствених акција, као и појединих облика прикривеног уписа сопствених акција. Овакво решења је распрострањено у упоредном праву, будући да се заснива на чл. 18 Друге директиве компанијског права ЕУ (77/91 ЕЕЦ од 13. децембра 1976).

Циљ регулативе је осигурање реалног уноса капитала.¹ Ово зато што уписом сопствених акција друштво не стиче нови капитал.²

1 Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, München 1999, 261; Holger Fleischer у: Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz*, Köln 2008, 631; Hartwig Henze у: *Grosskommentar* (Hrsg. Klaus Hopt,

Регулатива се односи само на оригинерно стицање сопствених акција, али не и деривативно, које је регулисано у чл. 282.

I Забрана уписа сопствених акција од стране друштва

Забрана уписа сопствених акција од стране друштва је предвиђена у ст. 1 чл. 281. Друштво не може уписивати акције које само издаје. С тим у вези треба имати у виду да се појам уписа мора узети у ширем смислу.³ Под уписом се сматра свака изјава усмерена на оригинерно стицање акција.⁴ Тиме је, пре свега, обухваћена уписна изјава из чл. 297 у поступку повећавања основног капитала новим улозима. Ово важи и када се ради о одобреном капиталу из чл. 313. Осим тога, у неким националним правима, у обзир долази и писана изјава из чл. 303 ст. 1 приликом условног повећања основног капитала. Ради се о томе да друштво врши упис давањем писане изјаве у својству имаоца заменљиве обвезнице коју је издало и касније стекло у правном промету. С тим у вези се јављају дилеме у погледу тога да ли и у том случају долази до одговорности чланова органа.⁵ У домаћем праву се то питање не поставља с обзиром да постоји обавеза поништавања заменљивих обвезница одмах по стицању (чл. 292 ст. 2). Начелно у обзир би дошла и изјава о преузимању акција у поступку оснвања друштва. С тим у вези треба имати у виду да у том тренутку друштво још не постоји, због чега не може дати изјаву о преузимању. Конструкција заснована на заступању се оцењује као „правна фантазија“.⁶ Треба, ипак, имати у виду да је у чл. 281 ст. 4 предвиђена одговорност акционара који оснивају друштво.

Насупрот томе, забрана не погађа стицање акција од стране друштва у поступку повећања основног капитала из нето имовине друштва (чл. 308 ст. 4). По природи овог облика повећања основног капитала основи реалног уношења капитала не могу бити угрожени.⁷

Herbert Wiedemann), Berlin 2008, 74; Hans Peter Westermann y: Tobias Bürgers, Torsten Körber, *Aktiengesetz*, Heidelberg 2011, 427.

2 H. Henze, 74.

3 H. Henze, 75; H. Fleischer, 632.

4 H. Henze, 75; H. Fleischer, 632.

5 H. P. Westermann, 429.

6 U. Hüffer, 261.

7 U. Hüffer, 261; H. Henze, 76; H. Fleischer, 633.

II Забрана уписа акција од стране контролисаног друштва и лица које поступа у своје име а за рачун контролисаног друштва

У ст. 2 чл. 281 регулишу се различите форме избегавања забране уписа сопствених акција из ст. 1 чл. 281. Као адресати забране уписа јављају се контролисано друштво и лице које поступа у своје име, а за рачун контролисаног друштва. Пре свега, предвиђено је да акције друштва не може уписивати његово контролисано друштво. У погледу постојања контроле од значаја је чл. 62 ст. 5, као и претпоставка постојања контроле у случају већинског учешћа у основном капиталу из чл. 62 ст. 6, које, према чл. 62 ст. 4, постоји као једно лице самостално, или са другим лицима које са њим делују заједно, поседује више од 50% права гласа у друштву. Обрнуто, ситуација у којој контролно друштво уписује акције контролисаног друштва није обухваћена забраном из ст. 2 чл. 281.

Други адресат забране је лице које поступа у своје име, а за рачун контролисаног друштва. Не ради се о поступању за рачун „неког“ контролисаног друштва, већ „његовог“ контролисаног друштва.⁸ У питању је однос између друштва и његовог контролисаног друштва. Ради се о посредном заступању⁹ – лице иступа у своје име, али у унутрашњем односу за рачун контролисаног друштва. Непосредно заступање није предмет регулативе, будући да се правно дејство посла уписа у том случају непосредно одражава на контролисано друштво.¹⁰

Поступање за рачун контролисаног друштва постоји када оно, у потпуности или делимично, сноси привредни ризик везан за упис акција.¹¹ Таква ситуација постоји у случају планираног доцнијег преноса акција на контролисано друштво. До тога долази када између контролисаног друштва и уписника акција постоји уговорни однос – уговор о налогу, уговор о комисиону.¹² Преузимање ризика произлази из обавезе контролисаног друштва да накнади трошкове лицу које иступа у своје име а за

8 За немачко право исто: Н. Henze, 86. Слично: Н. Fleischer, 637.

9 Н. Henze, 76; Н. Fleischer, 636.

10 Н. Henze, 85.

11 Н. Henze, 87; Н. Fleischer, 637; U. Hüffer, 263.

12 Када је уговор о комисиону у питању у српском праву се не јавља проблем, с обзиром да се комисионар обавезује да обави један или више послова (чл. 771 Закона о облигационим односима). За разлику од тога, у немачком праву према чл. 383 HGB комисионар се обавезује да купи (или прода), што не одговара природи уписа акција, због чега нема директне примене регулативе. Тако: Н. Henze, 86 напомена бр. 70.

његов рачун (чл. 759 и чл. 784 Закона о облигационим односима). Осим уговора, такав однос може настати и на основу закона у случају пословодства без налога.¹³ Сношење ризика постоји и у случају да контролисано друштво преузима гаранцију курса према уписнику акција.¹⁴ При свему томе, постојање права контролисаног друштва на давање упутства није од значаја.¹⁵ Оно није од значаја и када је предвиђено (на пр. чл. 751 Закона о облигационим односима) – одлучујуће је потпуно или делимично преузимање ризика.¹⁶

Норма ст. 2 чл. 281 се заснива на „упису“. У погледу тога у обзир долази упис и његови функционални еквиваленти, на шта је указано раније код забране друштву да уписује акције које само издаје.

III Правне последице повреде забране уписа акција које друштво само издаје и забране уписа од стране његовог контролисаног друштва и лица које поступа у своје име а за рачун контролисаног друштва

У упоредном праву (немачко право) постоји решење према којем је упис од стране друштва које емитује акције ништав, зато што је противан законској забрани. Последица тога је немогућност регистрације повећања основног капитала. У случају да повећања основног капитала ипак буде регистровано, долази до оздрављења посла и активира се одговорност чланова органа (*Vorstand-a*).¹⁷

У домаћем праву поступање супротно ст. 1 чл. 281 (забрана друштву да уписује акције које само издаје) и ст. 2 чл. 281 (забрана уписа од стране контролисаног друштва и лица које поступа у своје име а за рачун контролисаног друштва) не доводи до ништавости уписа, мада је он извршен супротно изричитој законској забрани. Ово зато што је законом предвиђено нешто „друго“ (чл. 103 Закона о облигационим односима). Акционари који оснивају друштво, а у случају повећања основног капитала чланови одбора директора, односно извршног и надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно, одговорни су за уплату односно унос улога за акције уписане супротно забранама из ст. 1 и 2 чл. 281 (чл. 281 ст. 4). Када би упис био ништав тада не би могла да постоји одговор-

13 За немачко право исто: Н. Henze, 86

14 Н. Fleischer, 637.

15 U. Hüffer, 263-264; Н. Henze, 87.

16 U. Hüffer, 264.

17 Н. Fleischer, 633; U. Hüffer, 262.

ност за извршење обавеза по основу таквог уписа. Споменута концепција заступљена у немачком праву није прихватљива за домаће право, с обзиром на специфичности немачког права и различит значај који има регистрација повећања основног капитала.

Када је упис извршен од стране друштва које издаје акције (чл. 281 ст. 1) одговорни су чланови органа тог друштва. Њихова одговорност постоји на основу закона. С друге стране, упис није ништав и представља пуноважан посао. Будући да се ради о пуноважном послу он производи права и обавезе, међу којима је и обавеза улога. С обзиром да је настала обавеза на чинидбу улога у погледу уписаних акција, поставља се питање да ли за обавезу улога одговара и друштво које емитује акције као уписник по основу пуноважног уписа. С тим у вези треба имати у виду да друштво не може бити дужник обавезе улога, будући да би се тиме угрозило реално уношење капитала, што представља циљ норме. Уместо друштва које емитује акције, ради обезбеђења реалног уноса капитала, за извршење обавезе улога одговарају чланови органа.¹⁸ Изузетак у погледу уношења капитала представља само теоријска могућност да ниједан члан органа није одговоран.¹⁹ С обзиром да је упис акција пуноважан поставља се питање коме припадају акције – друштву које их је уписало, али није извршило чинидбу улога, или члановима органа, који одговарају за чинидбу улога, али нису уписали акције. Према владајућем мишљењу, акције припадају друштву, односно имају статус сопствених акција.²⁰ Ова ситуација у којој друштво стиче акције (као сопствене), а чланови органа одговарају за извршење чинидбе улога отвара питање правичности. У литератури се указује да би са основа правичности, члан органа, који је извршио чинидбу улога, могао да захтева од друштва да му препусти сопствене акције.²¹ Уз напомену да норма о одговорности делује слично уговорној казни, указује се да се на овај начин слаби казнени карактер норме, будући да он на тај начин добија противвредност своје чинидбе.²²

У погледу одговорности чланова органа регулатива у домаћем праву изазива одређене дилеме. Ово зато што се разликује од познатих

18 H. Henze, 77.

19 H. P. Westermann, 428.

20 H. Fleischer, 633; H. Henze, 77; U. Hüffer, 262.

21 Hans-Peter Schwintowski у: Günter Henn, Jürgen Frodermann, Dirk Janott, *Handbuch des Aktienrechts*, Heidelberg 2009, 297.

22 *Ibidem*.

решења у упоредном праву која су јаснија.²³ Према чл. 281 ст. 4 чланови органа (одбора директора, извршног и надзорног одбора) одговорни су за уплату, односно унос улога. У погледу круга одговорних лица у упоредном праву су позната и другачија решења²⁴ Постоји, дакле, обавеза настала на основу закона са више дужника. Питање је да ли се примењује претпоставка солидарности из чл. 413 Закона о облигационим односима. С тим у вези треба имати у виду да је обавеза начелно дељива, што је неспорно у случају новчаног улога, али може бити спорно када је у питању неновчани улог. Осим тога, обавеза је настала на основу закона, а не на основу уговора у привреди, а за спорове је надлежан привредни суд. С обзиром на неизвесност у погледу тумачења *de lege ferenda* би требало узети у обзир решење из немачког права (сваки члан органа одговара за целокупну обавезу улога), када би било јасно да се ради о солидарним дужницима према чл. 414 Закона о облигационим односима.

Осим чланова органа одговарају и акционари који оснивају друштво. За разлику од неких националних права (немачко право), у домаћем праву одговорност не постоји само у случају повећања основног капитала када одговарају само чланови органа.

Споразум о ослобађању од одговорности или обештећењу који друштво закључи са одговорним лицима је ништав (чл. 281 ст. 5). Иста правна последица наступа како у случају да је споразум закључен са свим одговорним лицима, тако и у случају да је споразум закључен само са неким од њих.

У ст. 6 чл. 281 предвиђена је могућност ослобађања од одговорности. Одговорна лица се могу ослободити од одговорности у случају да докажу да нису знала нити су могла знати да је друштво уписало акције које само издаје (ст.1 чл. 281) или да је акције друштва уписало његово контролисано друштво или трећа лице које поступа у своје име, а за рачун контролисаног друштва (ст. 1 чл. 281). У погледу одговарајућих одредби у другим националним правима, указује се да је доказивање негативне чињенице практично неизводљиво (*probatio diabolica*).²⁵

23 У немачком праву сваки члан органа је одговоран за целокупну обавезу улога, на чему се заснива квалификација солидарне одговорности.

24 У немачком праву које познаје дводомно управљање, одговарају само чланову извршног одбора (*Vorstand*), али не и надзорног одбора.

25 Н. Henze, 79, напомена бр. 27.

Формулација у погледу одговорности чланова органа, независно од указаних слабости, има и предности у односу на нека решења у упоредном праву.²⁶

С обзиром да се ради о сопственим акцијама примењују се правила на основу којих оне не дају право гласа, право на дивиденду или друга примања, нити могу бити основ за плаћања акционарима осим у случају смањења основног капитала (чл. 286). Друштво има обавезу отуђења ових акција у року од годину дана од дана стицања (чл. 287). Друштво има обавезу извештавања (чл. 289). Независно од тога што се ради о оригинарном стицању, примењују се по аналогiji правила за деривативно стечене сопствене акције.²⁷

Када се ради о ст. 2 чл. 281 (упис акција од стране контролисаног друштва или лица које поступа у своје име а за рачун контролисаног друштва) ситуација је другачија. Осим одговорности чланова органа и оснивача, за обавезу улога одговара и уписник тј. контролисано друштво. Ово зато што упис извршен противно законској забрани није ништав, са истом аргументацијом као у случају уписа извршеног од стране друштва које издаје акције, о чему је било говора. С обзиром да је упис пуноважан он производи правне последице и уписник (контролисано друштво), за разлику од друштва које уписује акције које издаје, одговара за обавезу улога. Ово зато што у овом случају нема угрожавања принципа реалног уношења капитала. Према томе, у случају уписа акција од стране контролисаног друштва или лица које поступа у своје име, а за рачун контролисаног друштва, у погледу обавезе улога постоје две паралелне одговорности за извршење те обавезе – одговорност контролисаног друштва по основу уписа и одговорност чланова органа и оснивача на основу закона. У том погледу треба имати у виду да се ради о одговорности оснивача и чланова органа контролног, а не контролисаног, друштва.²⁸ Њихова обавеза није солидарна, већ је акцесорна.²⁹ Као примарна се јавља обавеза уписника. Чини се да контролисано друштво којом се обезбеђује капитал доводи до престанка

26 Тако на пр. у немачком праву одговарају „и“ чланови органа, што се оцењује као пропуст законодавца. Тако: U. Hüffer, 265; H. Fleischer, 639.

27 У прилог аналогној примени: H. Henze, 77 уз навођење става о директној примени у напомени бр. 24; исто: H. Fleischer, 633 напомена бр. 32. У прилог аналогној примени: U. Hüffer, 262.

28 H. Henze, 84.

29 U. Hüffer, 265; H. Henze, 84; H. P. Westermann, 436.

обавезе улога и одговорност чланова органа отпада.³⁰ Уписник (контролисано друштво) нема регресни захтев према члановима органа.³¹ Ово зато што контролисано друштво као акционар испуњава своју обавезу и то *suit causa*.³² Исто важи и када упис изврши лице које поступа у своје име, а за рачун контролисаног друштва. У литератури се указује да и у овом случају члан органа може тражити препуштање акција од стране зависног друштва, са основа правичности.³³ У погледу одговорности члана органа важи оно што је речено у ранијим излагањима.

У случају да упис изврши контролисано друштво или лице које поступа у своје име, а за рачун контролисаног друштва, акције припадају ономе ко је извршио упис – контролисаном друштву или лицу које је поступало у своје име, а за рачун контролисаног друштва. У овом случају се ради о оригинарном стицању акције, али се по аналогiji примењују правила за деривативно стицање од ових лица. Према чл. 283 ст. 1 ако акције друштва стиче његово контролисано друштво, као и ако те акције стиче треће лице у своје име, а за рачун контролисаног друштва, сматра се да је те акције стекло контролно друштво и на такве акције се примењују одредбе о сопственим акцијама. На основу тих акција се не могу вршити права према чл. 286. Ако је контролисано друштво стекло акције контролног друштва пре успостављања контроле, по успостављању контроле ове акције се не сматрају сопственим акцијама, али престају да дају право гласа и њихова номинална вредност, односно рачуноводствена вредност код акција без номиналне вредности, додаје се износу основног капитала и резерви код утврђивања испуњености услова из чл. 282 ст. 2 тч. 2. Када упис изврши лице које поступа у своје име, а за рачун контролисаног друштва од значаја питање тзв. унутрашњег односа, који постоји између контролисаног друштва и лица које поступа у своје име, а за рачун контролисаног друштва. Пре свега, тај однос је пуноважан. На основу тога, ако се ради о уговору о комисиону, комисионар је дужан да комитенту (контролисаном друштву) пренесе права које је стекло према трећем лицу (друштву).³⁴ Исто важи и према одредбама којима се регулише уговор о налогу, када се ова обавеза мора извршити без одуговлачења.³⁵ За случај

30 Н. Henze, 84.

31 Н. Henze, 84; U. Hüffer, 265.

32 Н. Henze, 84.

33 Тако: Н. Р. Westermann, 436; Супротно Н.–Р. Schwintowski, 298 уз навођење супротног става у напомени бр. 236.

34 Чл. 780 Закона о облигационим односима.

35 Чл. 754 Закона о облигационим односима.

да се ради о пословодству без налога, такође постоји обавеза преноса стеченог на онога чији је посао.³⁶

IV Упис акција од стране лица које иступа у своје име а за рачун друштва

У случају да акције друштва упише треће лице које иступа у своје име а за рачун друштва, сматраће се да је то лице уписало акције за свој рачун (чл. 281 ст. 3). С тим у вези напомињемо да су у упоредном праву позната и другачија решења. Тако на пр. у немачком праву се јединствено регулишу ситуације уписа при којем треће лице иступа у своје име а за рачун друштва и контролисаног друштва.

У погледу иступања „за рачун друштва“ упућујемо на претходна излагања која се односе на иступање за рачун контролисаног друштва.

За разлику од претходних ситуација када упис врши само друштво, односно контролисано друштво или лице које иступа у своје име, а за рачун контролисаног друштва, у овом случају нема аналогне примене правила за деривативно стицање акција. У чл. 282 ст. 2 је предвиђено да друштво може стицати сопствене акције од својих акционара непосредно или преко лица које акције стиче у своје име а за рачун друштва. Када се ради о упису акција (оригинерно стицање) од стране лица које иступа у своје име а за рачун друштва, такве акције немају статус сопствених акција. Уписник стиче сва права и обавезе по основу уписа акција. Ово је, пре свега, од значаја у погледу обавезе на чинидбу улога. У упоредном праву (на пр. немачком) постоји решење према којем уписник нема права из акције док не изврши чинидбу улога. При томе, унутрашњи однос између друштва и уписника који иступа у своје име а за рачун друштва остаје пуноважан. Извршење чинидбе улога не представља акт стицања акција, већ окончање унутрашњег односа са друштвом. У случају да је тај однос уговорне природе у питању је споразумни престанак уговора.

36 Чл. 221 ст. 2 Закона о облигационим односима.

Zoran ARSIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

PROHIBITION OF SUBSCRIPTION OF COMPANY SHARES

Summary

Company act of Republic of Serbia contains provisions regarding subscription of own shares and acquisition of shares through of controlled enterprise.

The company may not subscribe own shares. Shares cannot be subscribed neither by controlled enterprise, nor by third person acting in his own name but on behalf by controlled enterprise. Members of the management board and supervisory board shall be liable to the company for the contribution for subscribed shares. Agreement to the contrary shall be null and void. The foregoing shall not apply if the member of the management board and supervisory board proves that he neither knew nor he might have known about violations of these prohibitions. If third person subscribes shares acting in his name and on behalf of the company it will be deemed that he subscribed shares on his behalf.

Key words: *share, subscription.*

Др Вук РАДОВИЋ, LL.M. (University of Pittsburgh)
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

УСЛОВИ ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НЕСАГЛАСНИХ АКЦИОНАРА *

Резиме

*Право несагласних акционара (право на излазак из друштва уз правичну цену) представља контроверзан институт права акционарских друштава, због чега га прихвата релативно мали број држава, међу којима и Србија. У овом чланку аутор се фокусира само на један аспект овог права – услове за његово остваривање. Након уводних излагања, у чланку су прво анализирани материјални услови за остваривање права несагласних акционара, тј. корпоративне промене које омогућавају право на излазак, а после њих и процесни услови које акционар мора да испуни да би имао право на излазак из друштва (обавештење о намери, несагласност у односу на усвојену одлуку и подношење захтева друштву). Коначно, аутор је у раду указао и на нелогичност проширења овог права на чланове друштва са ограниченом одговорношћу. У закључку је изнет став да се *de lege ferenda* треба заложити за рестриктивније дефинисање корпоративних промена које дају акционарима право на излазак из друштва, прописивање додатних процесних услова за остваривање овог права и сужавање примене овог института само на акционарска друштва.*

Кључне речи: акционар, акционарско друштво, фундаменталне корпоративне промене, право несагласних акционара, скупштина акционарског друштва, друштво са ограниченом одговорношћу.

* Чланак представља резултат рада у оквиру пројекта „Restructuring of Companies and the EU Law“, чији су носиоци Универзитет за економију и бизнис у Бечу (*Wirtschaftsuniversität Wien*), Универзитет у Београду и Универзитет „Св. Ђирило и Методије“. Пројекат је финансиран средствима Аустријске агенције за међународну сарадњу у области образовања и истраживања (OeAD), под окриљем програма IMPULSE.

I Увод

За разлику од друштва са ограниченом одговорношћу, код кога сваки члан има право на иступање, код акционарских друштава слично право акционара не постоји. Велики изузетак у том погледу представља право несагласних акционара, које под одређеним условима даје акционарима право на излазак из друштва уз истовремено обавезивање друштва на исплату привичне накнаде.

Право несагласних акционара није универзално прихваћено у компанијским законодавствима.¹ Оно је настало у праву САД, и то у специфичним историјским околностима.² Премда су изворна оправдања за увођење овог института касније отпала,³ теорија је успела да одбрани овај институт, тако што је идентификовала модерне разлоге за његово задржавање.⁴ Због тога је право несагласних акционара било и остало препознатљив институт америчког права акционарских друштава.⁵ Накнадно

-
- 1 Edward Rock, Paul Davies, Hideki Kanda, Reinier Kraakman, „Fundamental changes”, у: Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Edward Rock (eds.), *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, 200-202.
 - 2 Више вид.: William J. Carney, „Fundamental Corporate Changes, Minority Shareholders, and Business Purposes”, *American Bar Foundation Research Journal*, бр. 1/1980, 77-97; Elliott J. Weiss, „The Law of Take Out Mergers: A Historical Perspective”, *New York University Law Review*, бр. 56/1981, 626-629; Hideki Kanda, Saul Levmore, „The Appraisal Remedy and the Goals of Corporate Law”, *UCLA Law Review*, бр. 32/1985, 429-432; Robert B. Thompson, „Exit, Liquidity, and Majority Rule: Appraisal’s Role in Corporate Law”, *Georgetown Law Review*, бр. 84/1995, 11-13; James D. Cox, Thomas Lee Hazen, F. Hodge O’Neal, *Corporations*, Aspen Law & Business, New York, 1997, 595; Barry M. Wertheimer, „The Purpose of the Shareholders’ Appraisal Remedy”, *Tennessee Law Review*, бр. 65/1998, 664-666; Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, 648; George S. Geis, „An Appraisal Puzzle”, *Northwestern University Law Review*, бр. 105/2011, 1641-1645.
 - 3 Више вид.: J. D. Cox, T. L. Hazen, F. H. O’Neal, 596; B. M. Wertheimer, 666-669.
 - 4 Melvin Aron Eisenberg, „The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking”, *California Law Review*, бр. 57(1)/1969, 79-86; Daniel R. Fischel, „The Appraisal Remedy in Corporate Law”, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 8, No. 4, 1983, 875-902; H. Kanda, S. Levmore, 433-473; Peter V. Letsou, „The Role of Appraisal in Corporate Law”, *Boston College Law Review*, бр. 39/1998, 1121-1174; Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1996, 45-147; B. M. Wertheimer, 670-690.
 - 5 Вид.: Model Business Corporation Act – MBCA, 2002, Chapter 13, § 13.01.-13.31.; Delaware Code, Title 8. Corporations, General Corporation Law – Delaware GCL, § 262. О четири фундаменталне разлике у регулативи права несагласних акционара у ова два америчка

је ово право прихватио и један број упоредних правних система (на пример, Јапан,⁶ Канада,⁷ Јужноафричка Република,⁸ Кина,⁹ Црна Гора¹⁰ и Република Српска¹¹).

У српском праву је право несагласних акционара по први пут уведено Законом о привредним друштвима из 2004. године.¹² Исти концепт је уз одговарајућа терминолошка унапређења задржао и важећи Закон о привредним друштвима из 2011. године.¹³ Од увођења се ово право код нас посматра као део арсенала који стоји на располагању мањинским акционарима, и то као један од начина решавања другог агенцијског проблема (тзв. стратегије изласка).¹⁴

Закони који познају право несагласних акционара, обавезно прописују услове под којима се ово право може остваривати. Ти услови се

правна извора више вид.: Mary Siegel, „An Appraisal of the Model Business Corporation Act’s Appraisal Rights Provisions“, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 74/2011, 231-251.

6 Више вид.: Moritz Bälz, „Appraisal Rights in Japanese Corporate Law“, *Zeitschrift für japanisches Recht*, бр. 13/2002, 152-173; Alan K. Koh, „Appraising Japan’s Appraisal Remedy“, *American Journal of Comparative Law*, бр. 62/2014, 417-459.

7 Више вид.: Joseph Eliot Magnet, „Shareholders’ Appraisal Rights in Canada“, *Ottawa Law Review*, бр. 11/1979, 98-162.

8 Више вид.: Maleka Femida Cassim, „The Introduction of the Statutory Merger in South African Corporate Law: Majority Rule Offset by the Appraisal Right (Part1)“, *South African Mercantile Law Journal*, бр. 20/2008, 1-32; Adekunle Rotimi Olaofe, „Appraisal Right and Fair Value Determination Under the Companies Act No 71 2008: a Critical Analysis“, доступно на: https://open.uct.ac.za/bitstream/item/4392/thesis_law_2013_olaofe_a.pdf?sequence=1 (12.4.2017).

9 У Кини је право несагласних акционара уведено тек 2006. године, усвајањем Компанијског закона (чл. 75). Више вид.: Qiuju Wang, „Comparative Study of Exit Remedies in Close Companies – The United States, England, China“, 2009, доступно на: <http://www.rug.nl/research/gradschool-law/phd/paper-qiuju-wang.pdf> (5.4.2017).

10 Закон о привредним друштвима – ЗОПД ЦГ, *Службени лист РЦГ*, бр. 6/2002 и *Службени лист ЦГ*, бр. 17/2007, 80/2008 и 36/2011, чл. 32а. Више вид.: Драган Радоњић, *Право привредних друштава*, Победа а.д., Подгорица, 2008, 248-249.

11 Закон о привредним друштвима – ЗОПД РС, *Службени гласник РС*, бр. 127/2008, 58/2009, 100/2011 и 67/2013, чл. 435-437.

12 Закон о привредним друштвима – ЗОПД 2004, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, чл. 444-446.

13 Закон о привредним друштвима – ЗОПД 2011, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015, чл. 474-477.

14 Вид.: Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (ур.), *Корпоративно управљање – зборник радова*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2008, 255-256; Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (I део)“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2009, 20-21.

деле на материјалне и процесне. Материјални услови се тичу одлука чије усвајање даје акционарима права по основу несагласности, док се процесни услови односе на поступак остваривања овог права. Смисао постојања ове две врсте услова за остваривање права несагласних акционара је различит. Тако се материјалним условима одређује домен примене овог права, што значи да је њихов циљ заштита интереса акционара, док се процесним условима ово право акционара ограничава, те се могу посматрати као механизам заштите друштва. Материјални услови дефинишу ситуације у којима акционари имају апстрактно право на излазак из друштва, а процесни услови кажу када то апстрактно право постаје конкретно право, које ужива судску заштиту. У даљем тексту ће бити више речи о материјалним и процесним условима за остваривање права несагласних акционара.

II Материјални услови – корпоративне промене које омогућавају право на излазак

Законом се морају набројати све корпоративне промене које дају несагласним акционарима право на излазак из друштва. Оне треба да буду јасно дефинисане,¹⁵ како би њихов опсег примене био недвосмислено прецизиран и лак за примену. Круг корпоративних промена које по закону дају право на излазак из друштва је затворен (*numerus clausus* концепт). Имајући у виду далекосежне последице коришћења овог права акционара, судској пракси се препоручује да уско тумачи ситуације када ово право постоји, као и да га по аналогiji не проширује и на корпоративне промене које нису законом поменути, али за које се утврди да су у економском смислу истоветне, сличне или у довољној мери упоредиве са изричито набројаним законским корпоративним променама.¹⁶ На овај начин се постиже преко потребна правна извесност у овој области.

Премда је примена концепта *numerus clausus* нужна, правно догматски посматрано, она није оправдана. Из угла акционара нема разлике између случаја изричито поменутог законом и случаја који није поменут, ако су они у економском и правном смислу упоредиви, те захтевају исти степен заштите.

Анализом упоредних законодавстава која познају ово право акционара, уочава се да постоје бројне сличности, али и значајне разлике, ка-

15 Упор.: W. F. Looney, Jr., 86.

16 Упор.: J. D. Cox, T. L. Hazen, F. H. O'Neal, 598-599.

да је реч о корпоративним променама које иницирају настанак овог права.¹⁷ Чак и када је реч о истој врсти промене, обухваћеној у свим овим правним системима (на пример, статусна промена спајања), опсег њене примене није исти.

Начелно посматрано, приликом дефинисања корпоративних промена које дају право на несасгласност, прво треба поћи од констатације да догађаји, односно одлуке који су екстерног карактера у односу на друштво, никако не могу давати акционарима право на излазак¹⁸ (на пример, одлука државног органа којом се уводе акцизе на робу коју производи друштво, покретање поступка против друштва од стране Комисије за заштиту конкуренције, увођење санкција нашој држави, национализација неке имовине друштва, и сл.). Такође, права несасгласних акционара не постоје ни у случајевима када одлуку која има значајне последице по друштво донесе неки од других носилаца ризика пословања акционарског друштва, различит од акционара и управе (на пример, већина запослених у друштву донесе одлуку о ступању у штрајк или највећи добављач раскине уговор са друштвом).¹⁹ Акционарима се у наведеним ситуацијама не даје право на излазак из друштва, јер је претпоставка за остваривање овог права да одлуку донесе друштво.

Друштва свакодневно доносе велики број одлука, али само неколицина међу њима даје акционарима право по основу несасгласности. Како направити разлику између ових одлука? Као што и сам назив „права несасгласних акционара“ каже, јасно је да ово мора бити одлука скупштине, јер ово право имају само они акционари који нису били сагласни са усвојеном одлуком. На овај начин се брани теза да је ово право мањинских акционара, а не право сваког акционара. У САД је акционарима ово право дато и у односу на тачно одређене одлуке одбора директора.²⁰

17 Речено се на најбољи начин може илустровати примером америчког права. Наиме, МВСА познаје пет основа за настанак права несасгласних акционара, док Делавер даје акционарима право на излазак само у случају неких статусних промена, док друге фундаменталне корпоративне промене нису обухваћене. Вид.: МВСА, § 13.02(a); Delaware GCL, § 262(b). Велика већина америчких држава је прихватила решење упоредиво са решењем из МВСА. Више вид.: М. Siegel, 232-235.

18 Више вид.: Bayless Manning, „The Shareholder’s Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker“, *Yale Law Journal*, бр. 72/1962, 241.

19 Упор.: В. Manning, 242.

20 В. Manning, 242.

Право на излазак из друштва треба дати само онда када је скупштина усвојила одлуку којом је наступила фундаментална корпоративна промена, тј. наступила је промена за друштво. Неспорно је да крупне корпоративне промене са собом носе и значајну промену права акционара. Чини се да законодавац треба да се фокусира на идентификацију ових корпоративних промена, а не да акценат ставља на промену акционарских права. Разлог за овакав став је следећи: обухват појма значајне промене права акционара није у довољној мери јасан. Акционари имају бројна права, што не значи да промена било ког од њих доводи до иницирања права на излазак. Такође, и унутар једног права није до краја јасно да ли било који степен промене или само промена јачег интензитета оправдава коришћење права на излазак. Оваквим резонем се апострифира да се право несагласних акционара везује само за оне ситуације када долази до фундаменталне промене карактера њихове инвестиције. Инвестирањем у акционарско друштво акционар пристаје да ће можда бити укинута или ограничено његово право пречег уписа или да му неће бити исплаћена дивиденда иако је друштво остарило добит, али не пристаје да принудно буде акционар неког другог друштва или да уместо чланских права у акционарском друштву има чланска права у друштву са ограниченом одговорношћу.

Проблем је једино како утврдити које корпоративне промене су фундаменталне. У државама које су прихватиле овај институт, уочљива је тенденција проширивања корпоративних трансакција која акционарима дају право на излазак.²¹ Исти закључак се може изнети и за српско право.

У нашем закону су фундаменталне корпоративне промене сврстане у седам тачака, од којих су шест законски основи за излазак из друштва, док је последњи основ статутарног (допунског) карактера.²²

1) *Статусне промене.* Статусне промене су општеприхваћен основ за настанак права несагласних акционара. Међутим, оно по чему се српско право издваја у односу на друге правне системе је широк домен примене овог основа. Наиме, у нашем праву свака статусна промена (припајање, спајање, подела и издвајање) даје право несагласним акционарима на излазак из друштва. Такође, ово право се гарантује акционарима свих учесника статусне промене, што значи да се без разлике одно-

21 За америчко право вид.: F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, 161. За јапанско право вид.: A. K. Koh, 422-423.

22 ЗОПД 2011, чл. 474(1). Упор.: МВСА, § 13.02.; ЗОПД 2004, чл. 444(1); ЗОПД ЦГ, чл. 32а(1); ЗОПД ЦГ, чл. 435(2).

си и на друштва преносиоце и на друштва стицаоце. Чини се да оваква концепција није оправдана, и *pro futuro* би је требало изменити у два правца.

Прво, ово право треба везати првенствено за статусне промене припајања и спајања, као и за оне варијанте подела и издвајања које у себи укључују припајање или спајање (на пример, подела уз припајање или издвајање уз припајање). Давање овог права и у другим случајевима статусних промена је прекомерно (на пример, подела уз оснивање или издвајање уз оснивање). Тачно је да су и ове промене фундаменталне, али имајући у виду потребу да се право несасгласних акционара сведе само на нужну меру, ово проширење није оправдано.

Друго, ово право безусловно треба дати само акционарима друштва преносиоца.²³ Када је реч о акционарима друштва стицаоца, треба бити много опрезнији, јер свака статусна промена не мора нужно да изискује потребу за давањем права на излазак. Претпоставимо да се друштво А припаја друштву Б, и да након припајања акционари друштва А поседују 5% акција у друштву Б, а акционари друштва Б, уместо дотадашњих 100% акција, сада поседују 95% акција. Посматрано из угла акционара друштва Б, ова статусна промена не завређује да се третира фундаменталном, јер је њихово појединачно капитал учешће незнатно разводњено. Због тога има смисла увести као правило да акционари друштва стицаоца имају право на излазак, али само ако се основни капитал њиховог друштва повећа за, примера ради, више од 20%.

2) *Промена правне форме*. Промена правне форме привредног друштва оправдава право на излазак, јер на тај начин долази до претварања удела у акције или акција у уделе, а њихова правна природа је потпуно различита. Суштински посматрано, овде су обухваћене само трансформације акционарског друштва у друштво са ограниченом одговорношћу и *vice versa*. Код осталих промена правне форме питање права на излазак се не поставља, било зато што законодавац ово право не дозвољава тој форми (трансформација друштва лица у друштво капитала), било зато што правила о трансформацији у довољној мери штите све чланове друштва које мења правну форму (трансформација друштва капитала у друштво лица).

23 Неке америчке државе право на излазак дају само акционарима друштва које губи правни субјективитет. Више вид.: R. B. Thompson, 10.

3) *Промена времена трајања друштва.* Акционарско друштво се може основати на одређено или неодређено време. Према нашем закону, право на излазак из друштва се акционарима гарантује и у случају промене времена трајања друштва. Овај основ обухвата две ситуације: а) друштво основано на одређено време продужи време трајања (на пример, са пет на 10 година) и б) друштво основано на одређено време настави да послује као друштво основано на неодређено време.²⁴

Проблем може настати у ситуацији када друштво основано на неодређено време намерава да настави да послује као друштво основано на одређено време. Када говори о условима за промену времена трајања друштва, закон помиње само промене код друштва основаног на одређено време, и то искључиво у правцу продужавања рока, јер друштво може само да продужи рок трајања или да постане друштво основано на неодређено време. Према томе, друштва приликом оснивања имају слободу да одреде време сопственог трајања, али немају потпуну слободу да утврђено време трајања накнадно мењају. У српском праву није дозвољено скраћивање рока трајања друштва, као ни претварање друштва основаног на неодређено време у друштво основано на одређено време. Отуда се закључује да се овај основ за настанак права несасгласних акционара код нас примењује само на друштва основана на одређено време, и то када намеравају да продуже време трајања.

4) *СТИЦАЊЕ, односно располагање имовином велике вредности.* Акционари имају право на излазак из друштва и у случају да скупштина одобри стицање, односно располагање имовином велике вредности. Овај основ није неуобичајен ни у упоредном праву, премда није општеприхваћен. Међутим, сагледавањем наших решења се уочава да је домен примене овог основа неупоредиво шири од компаративних решења.

Прво, имовина велике вредности је дефинисана као имовина чија набавна и/или продајна и/или тржишна вредност у моменту доношења скупштинске одлуке представља најмање 30% књиговодствене вредности укупне имовине друштва исказане у последњем годишњем билансу стања. На овај начин ми смо прихватили квантитативни приступ, јер је вредност имовине којом се располаже једина правно релевантна чињеница.²⁵ Без значаја је да ли је на овај начин промењена природа послова-

24 ЗОПД 2011, чл. 10(3).

25 О квантитативном и квалитативном приступу који се користи приликом утврђивања имовине велике вредности у канадској судској пракси више вид.: Mark Gannage, „Sale of Substantially All the Assets of a Corporation“, *Canadian Business Law Journal*, бр. 33/2000, 268-282.

ња друштва, као и да ли друштво након располагања наставља да обавља највећи део својих активности као и до тада. Ако се занемари фокус законодавца искључиво на квантитет, уз очигледно занемаривање квалитативног приступа, мора се констатовати да је релевантан проценат изразито низак, и не одговара стандардима у упоредном праву. Теоријски и практично посматрано, продаја имовине чија је вредност 30% књиговодствене вредности укупне имовине друштва ће ретко када бити окарактерисана као фундаментална корпоративна промена.

Друго, располагање имовином велике вредности подразумева поређење две вредности: вредности имовине којом се располаже, односно која се стиче и укупне вредности имовине друштва. Упоређивање вредности појединачне имовине и укупне имовине само по себи није спорно. Међутим, оно што јесте спорно је чињеница да су стандарди за утврђивање тих вредности различити. Наиме, вредност имовине којом се располаже, односно која се стиче је највиша од три вредности – набавне, продајне и тржишне вредности. Супротно томе, за утврђивање вредности укупне имовине друштва се као релевантна користи књиговодствена вредност. Према томе, највиша од набавне, продајне и тржишне вредности појединачне имовине се пореди са књиговодственом вредношћу укупне имовине друштва. Већ на први поглед је јасно да овакво решење није правно одрживо, јер се пореде вредности утврђене различитим стандардима.

Треће, појам стицања, односно располагања имовином велике вредности је изразито широко постављен,²⁶ јер обухвата куповину, продају, закуп, размену, успостављање заложног права и хипотеке, закључење уговора о кредиту и зајму, давање јемства и гаранција, као и предузимање било које друге радње којом настаје обавеза за друштво.²⁷ Такође, и појам имовине је схваћен у најширем смислу, а односи се на ствари и права, што укључује непокретне и покретне ствари, новац, уделе у друштвима, хартије од вредности, потраживања, индустријску својину и друга права.²⁸

26 Упор.: Зоран Арсић, „Стицање и располагање имовином велике вредности акционарског друштва“, *Зборник радова у спомен Проф. др Миодрага Трајковића*, Правни факултет Универзитета у Београду и Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, Београд, 2006, 4-5.

27 ЗОПД 2011, чл. 470(2).

28 ЗОПД 2011, чл. 470(4).

Приказана три аспекта нашег института стицања и располагања имовином велике вредности показују да је домен примене права несагласних акционара непримерено широко постављен. Низак праг за настанак овог права (30% књиговодствене вредности), узимање у обзир највише од три вредности појединачне имовине приликом утврђивања да ли је пређен овај праг, као и околност да су обухваћени сви правни послови и располагања било којом имовином, се не могу уклопити у концепт фундаменталне корпоративне промене, а само оне оправдавају настанак права акционара на излазак из друштва.

5) *Промена статута којом се умањују права акционара.* Право несагласних акционара постоји и у случају промене статута друштва којом се умањују права акционара предвиђена статутом или законом. Ова одредба је нејасна, јер се њеним тумачењем може доћи до потпуно различитих решења. Наиме, ако се ова одредба тумачи у ширем смислу, а то би у овом случају значило језичко тумачење, онда би свака промена статута којом се умањује неко право акционара, дато статутом или законом, давало право на излазак из друштва. Примера ради, акционарско друштво је након оснивања, у складу са законом, предвидело да одлуку о промени седишта доноси одбор директора, уместо да ту одлуку доноси скупштина.²⁹ Неспорно је да оваква измена статута умањује законско право акционара, јер су до тада они одлучивали о промени седишта, а након те одлуке о овој промени одлучује орган управе. Као пример за умањење статутарног права акционара се може навести следећа ситуација: акционарско друштво је статутом дало право својим акционарима да учествују у раду скупштине електронским путем.³⁰ Накнадно је друштво схватило да је овакав начин гласања због непостојања техничких претпоставки неприменљив, а самим тим и потенцијални извор злоупотреба, те је донело одлуку о промени статута у правцу укидања могућности учешћа у раду скупштине електронским путем. Ако би се прихватила идеја да у описаним случајевима акционари имају право на излазак, онда би то значило да ниједно акционарско друштво никада не би мењало статут у правцу умањивања било ког права акционара, гарантованог овим актом или законом, јер би у супротном ризиковали иступање несагласних акционара из друштва. Штавише, могуће је замислити и да друштво жели да прошири обим права акционара, али то не сме да учини, јер се та промене из угла неког акционара може тумачити као сужавање обима права. Из све-

29 ЗОПД 2011, чл. 19(3).

30 ЗОПД 2011, чл. 341.

га наведеног је јасно да се шире тумачење не сме прихватити. Због тога је једино прихватљиво уже тумачење, према коме се умањење права односи само на основна имовинска и неимовинска права која произлазе из акције. Практично посматрано, за обичне акције оно ће се односити на право учешћа у раду скупштине, право гласа и право пречег уписа, док ће се за преференцијалне акције оно везивати за повлашћена права утврђена статутом или одлуком о издавању (на пример, право на приоритетну исплату дивиденди, право на приоритетну исплату из ликвидационог, односно стечајног вишка, право претварања тих акција у обичне акције или другу класу преференцијалних акција и право продаје акција акционарском друштву по унапред утврђеној цени или под другим условима).³¹

6) *Delisting*. Право по основу несагласности се везује и за ситуацију када акционарско друштво повуче једну или више класа акција са регулисаног тржишта, односно мултилатералне трговачке платформе, на начин прописан законом о тржишту капитала. Право на излазак у том случају имају само несагласни акционари класе акција која је повучена. Акционар има интереса да се акцијама тргује на регулисаном тржишту. Повлачењем са овог тржишта акцијама се одузима карактеристика лаке прометљивости.

7) *Основи прописани статутом (статутарни основи)*. Право на излазак из друштва постоји и у случају када се мењају друга права акционара, ако је статутом одређено да акционар из тог разлога има право на несагласност и на накнаду тржишне вредности акција у складу са законом. Овде је реч о тзв. статутарним основима за излазак, код којих акционарско друштво само утврђује у којим ситуацијама ће дати акционарима право на напуштање друштва по основу несагласности. Према томе, овај основ карактерише факултативност и допунски карактер, јер друштва имају слободу да законом прописаним разлозима додају нове разлоге. Из наведеног се закључује да су законски основи минимални,³² те их друштва могу у складу са сопственим интересима проширити. Међутим, статутом се не могу укинути или ограничити основи прописани законом, те би таква евентуална одредба статута била незаконита.

Овај допунски основ је законом непрецизно дефинисан, и то у два аспекта. Прво, закон говори о одлуци којом се мењају „друга права“ ак-

31 ЗОПД 2011, чл. 251 и 253.

32 Упор.: Златко Стефановић, Бојан Станивук, *Коментар Закона о привредним друштвима*, 2. издање, Параграф, Београд, 2012, 472.

ционара. Ако се погледа први законски основ за иницирање права на излазак из друштва (промена статута којом се умањују права акционара предвиђена статутом или законом), постаје нејасно шта је остављено статуту. Једино смислено тумачење је оно које „друга права“ везује за сва она права која не спадају у основна имовинска и неимовинска права која произлазе из акције, јер умањење тих права по закону даје право на излазак несагласним акционарима.

Друго, у закону стоји да статутарни основи дају несагласним акционарима право „на накнаду тржишне вредности акција у складу са законом“.³³ Ово је у директној супротности са законом утврђеном ценом коју је друштво дужно да исплати акционарима.³⁴ Закон у том погледу говори о највишој од три вредности (књиговодствена, тржишна и процењена), док статутарни основ помиње само једну од те три. Чини се да је у овом случају реч о законописачкој грешци, те да није била намера законодавца да креира два правна режима одређивања накнаде несагласним акционарима, зависно од тога да ли је основ за излазак закон или статут.

III Процедурални услови

Акционар који жели да користи право на излазак из друштва и исплату правичне накнаде мора да испуни одређене процедуралне услове. У упоредном праву се уобичајено тражи испуњење више услова. Они су строго постављени, те неиспуњење неког од њих води губитку права. У теорији се као један од основних узрока неефикасности права несагласних акционара помињу тешкоће у вези са испуњавањем процедуралних услова.³⁵ Такође, комплексност поступка, узрокована постојањем свих тих услова, једним делом објашњава због чега се ово право недовољно користи од стране акционара.³⁶

У даљем тексту ће бити више речи о три најчешћа процедурална услова: обавештењу о намери коришћења права, несагласности у односу на усвојену скупштину и подношењу захтева друштву.

33 ЗОПД 2011, чл. 474(1)(6).

34 На ову недоследност је први указао проф. Васиљевић. Вид.: Мирко Васиљевић, „Привреда и правни режим неких права мањинских акционара – јединство интереса или јединство супротности“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2016)*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016, 16.

35 Упор.: F. A. Gevurtz, 649; P. V. Letsou, 1157; W. F. Looney, Jr., 91; E. Rock, P. Davies, H. Kanda, R. Kraakman, 201.

36 J. Seligman, 857.

1. Обавештење о намери коришћења права

Упоредноправно се као први процесни услов за коришћење права на излазак из друштва наводи обавеза акционара да благовремено обавести друштво о намери изласка у случају да скупштина усвоји предложену одлуку.³⁷ За ово обавештење се не тражи да буде сачињено у некој посебној форми, да се наведу разлози због којих се акционар противи одлуци, нити број акција које поседује.³⁸

Циљ овог обавештења је заштита друштва. Наиме, исплата правичне накнаде свим несагласним акционарима може представљати велики финансијски издатак за друштво, и то нарочито у случајевима високог процента несагласних акционара. Остваривање овог права може неповољно утицати на финансијску стабилност друштва, због чега је веома значајно пре усвајања скупштинске одлуке сазнати колика може бити обавеза по овом основу. Институт обавештења о намери коришћења права на излазак има управо овакав смисао, јер право на излазак имају само акционари који су благовремено послали обавештење. Сабирањем вредности акција свих лица која су послала обавештење, управа може да израчуна максималну обавезу према акционарима по овом основу. То омогућава управи да реагује у правцу евентуалног повлачења предлога. Такође, не треба занемарити ни значај информације о највећем могућем проценту несагласних акционара за остале акционаре који треба да гласају о предлогу одлуке о фундаменталној корпоративној промени.³⁹

У упоредном праву доминира решење према коме су акционари у обавези да обавештење о намери коришћења права поднесу друштву најкасније до дана одржавања скупштинске седнице. О ефикасности овог правила се може дискутовати. Ако акционар обавести друштво непосредно пре седнице, та информација извесно неће бити позната другим акционарима, те је они највероватније неће узети у обзир приликом доношења одлуке о томе како да гласају.⁴⁰ Као алтернатива је могуће замислити да се акционари обавезу да ово обавештење поднесу најкасније одређен број дана пре заказане седнице. Овакво решење, колико год прихватљиво из угла друштва, се не може прихватити, јер би се онда у ефективном смислу скратио рок дат акционарима за доношење одлуке о томе како ће гласати на предстојећој седници. Примера ради, ако се позив за

37 МВСА, § 13.21.; ЗОПД ЦГ, чл. 32а(2).

38 М. Bälz, 160.

39 М. Bälz, 160.

40 М. Bälz, 160.

седницу упути 30 дана пре дана њеног одржавања, а акционари морају да најаве своју несагласност 10 дана пре дана одржавања седнице, то би значило да се њима гарантује само 20 дана за доношење ове одлуке.

Српско право не обавезује акционаре да најаве коришћење права на откуп акција у случају усвајања одређене скупштинске одлуке.⁴¹ Практично посматрано, гласањем на одговарајући начин на седници акционари испуњавају и овај услов.⁴² Овакво решење је неспорно у интересу акционара, али није у интересу друштва. Имајући у виду да је право несагласних акционара асиметрично постављено, тако да се њиме штите интереси акционара, потреба за успостављањем какве такве равнотеже је налагала да се уведе (тј. задржи) и обавеза *ex ante* обавештавања.⁴³

2. Несагласност у односу на усвојену одлуку

Прво на излазак имају само несагласни акционари. Уосталом, и сам овај институт носи назив „Посебна права несагласних акционара“, односно „Право несагласних акционара на откуп акција“. Отуда се може рећи да је несагласност у самој суштини овог института, јер ово није право сваког акционара, већ само оног акционара који није сагласан са усвојеном одлуком. Имајући у виду да се одлука доноси обичном или квалификованом већином гласова, несагласни акционари увек спадају у категорију мањинских акционара, те се ово право посматра и као део корпуса права мањинских акционара.

За ког акционара се каже да је несагласан? Неспорно је да несагласним треба сматрати оног акционара који је дошао на седницу скупштине и гласао против одлуке.⁴⁴ Гласањем „против“ акционар експлицитно, директно и непосредно исказује своје неслагање са предложеном одлуком. Поред експлицитне несагласности, српско право шири појам несагласног акционара, тако што у два случаја претпоставља несагласност.

41 Супротно решење је прихватио ЗОПД 2004, јер је као услов за остваривање права несагласних акционара прописивао упућивање писаног обавештења о намери коришћења права пре одлучивања на седници (чл. 444(5-6)). Исти законодавни развој је имало и право Републике Српске.

42 Право Делавера изричито наглашава да гласањем против одлуке акционар није испунио услов давања обавештења о намери коришћења овог права. Вид.: Delaware GCL, § 262(d)(1).

43 Супротно вид.: Дијана Марковић-Бајаловић, *Право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2011, 333.

44 Црногорско право појам несагласности везује искључиво за гласање против на седници скупштине. Вид.: ЗОПД ЦГ, чл. 32а(1).

1) Прва ситуација се односи на оне акционаре који се на седници уздрже од гласања.⁴⁵ Практично посматрано, уздржаност при гласању има исти ефекат као и гласање против одлуке. Неопходан услов за усвајање одлуке је да је за њу гласала одређена већина (тзв. већина за одлучивање), што значи да сва лица која нису гласала за одлуку имају једнак значај из угла усвајања, односно неусвајања једне одлуке. Отуда је оправдан став законодавца да за сврхе коришћења права на излазак из друштва изједначи акционаре који су гласали против и акционаре који су се уздржали од гласања. У оба случаја, није нужно да је акционар гласао лично, јер иста права акционар има у случају гласања у одсуству (гласања преко пуномоћника, гласања писаним путем и гласања електронским путем).

2) Поред акционара који су гласали за одлуку или су били уздржани, закон право на излазак из друштва даје и акционарима који нису присуствовали седници на којој је одлука усвојена.⁴⁶ Ова одредба се у пракси показала као контрадикторна, те су се у погледу њеног тумачења искристалисала два супротстављена става. Према првом ставу, сваки акционар који није гласао на скупштинској седници, има права по основу несагласности, под условом да у законом прописаном року поднесе захтев друштву за откуп акција. Овакво схватање имплицитно претпоставља да је акционар своју несагласност усвојеном одлуком *ex post* исказао благовременим подношењем одговарајућег захтева. Отуда се закључује да гласање није нужан услов за остваривање овог права. Овакав став доминира у нашој судској пракси.⁴⁷

45 Највећи број америчких држава као услов за остваривање права на излазак захтева гласање против одлуке, а одређен број држава, међу којима и Делавер, дозвољавају да се акционар и уздржи од гласања. Вид.: J. D. Cox, T. L. Hazen, F. H. O'Neal, 597.

46 ЗОПД 2011, чл. 474(2). Исто и: ЗОПД РС, чл. 435(2).

47 „Да ли акционари који нису присуствовали скупштини акционара на којој је донета одлука са којом се не слажу, а којом се располаже имовином велике вредности, нити су гласали писаним путем ван скупштине, имају право да захтевају од друштва да откупи њихове акције? ... Из цитиране одредбе члана 474. Закона о привредним друштвима, произилази да право на откуп акција и исплату има и акционар који није присуствовао седници скупштине на којој се одлучује о питањима из става 1. овог члана, на начин и по поступку који је прописан одредбама члана 475. и 476. Закона о привредним друштвима.“ Вид.: Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 12.11.2013. и 14.11.2013. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 6.11.2013. године, *Судска пракса привредних судова*, бр. 3/2013, питање бр. 2, 82-83.

Према другом ставу, појам „акционар који није присуствовао седници скупштине“ обухвата само оне акционаре који нису лично присуствовали седници, већ су гласали у одсуству. За разлику од претходног, ово мишљење претпоставља да акционар мора гласати против одлуке или бити уздржан, само то не чини тако што лично присуствује седници скупштине, већ користи неки од модалитета гласања у одсуству. Према томе, накнадно подношење захтева за откуп акција није довољно да би се један акционар сматрао несагласним. Овај став прихвата и Комисија за хартије од вредности. Имајући у виду све дилеме у вези са овим проблемом и бројне судске спорове поводом примене ове одредбе, Народној скупштини Републике Србије је поднет предлог за аутентично тумачење, који се тренутно налази у одбору за законодавство.

Језичко и системско тумачење неспорно иде у прилог прихватања првог става.⁴⁸ Наиме, када закон говори о томе да акционар има право на излазак из друштва ако гласа против или се уздржи од гласања, то обухвата, како гласање од стране лично присутног акционара, тако и било који модалитет гласања у одсуству. Уосталом, кад год се у праву акционарских друштава неко право акционара везује за његово негласање за одређену одлуку, никада се не поставља питање на који начин је акционар остваривао своје право гласа, јер се у том погледу примењују општа правила о начинима учешћа у раду скупштине. Тако посматрано, акционар који није присуствовао на седници је оно лице које није гласало, ни на један од законом дозвољених начина.

Међутим, премда је овакво тумачење у складу са језиком закона и његовим другим одредбама, правно-догматски је погрешно. Институт права несагласних акционара мора имати *de minimis* карактер. Ширење овог права на лица која су своју несагласност исказала накнадно, благовременим подношењем захтева за откуп акција, није у духу овог института. На овај начин би право несагласних акционара добило другу димензију, која се из теоријског угла не би могла лако бранити. Овакво решење би у великом броју случајева онемогућило спровођење фундаменталних корпоративних промена, јер се за усвајање тих одлука тражи, по правилу, квалификована релативна већина, те се може десити да број несагласних акционара буде већи од броја акционара који су гласали за одлуку. Излишно је говорити у каквим би се проблемима у вези са ликвидношћу нашло друштво у тим ситуацијама. Све наведено је појачано и чињеницом

48 Упор.: З. Стефановић, Б. Станивук, 473.

да у српском праву не постоји обавеза акционара да најави коришћење права на излазак из друштва.

Pro futuro би најбоље било да законодавац избаци став 2 члана 474 Закона о привредним друштвима, који је ово право дао акционарима који нису присуствовали скупштинској седници.⁴⁹ На овај начин би се српско право ускладило са решењима у упоредном праву.⁵⁰ Прихватљиво је и алтернативно решење, које се у пракси понекад помиње, а према коме законодавац треба као услов за остваривање права на излазак овим акционарима да пропише да су они гласали у одсуству, чиме су неспорно показали своју несагласност. И у једном и у другом случају, неспорно је да права по основу несагласности имају само акционари који су на одговарајући начин лично гласали на скупштинској седници или су у складу са законом гласали у одсуству. Једина примедба која се може дати алтернативном решењу је у томе да оно произлази из општег правила, због чега је теоријски прво решење исправније.

3. Подношење захтева друштву

Последњи услов који несагласни акционар треба да испуни је подношење захтева друштву. У српском праву, акционар је дужан да захтев за откуп акција достави друштву на седници скупштине на којој се доноси одлука или у року од 15 дана од дана закључења те седнице.⁵¹ Из наведене одредбе произлази да је дан одржавања скупштинске седнице најранији моменат за подношење захтева. Штавише, имајући у виду да закон говори о томе да захтев за остваривање права подноси несагласни акционар, услов несагласности може бити испуњен тек након усвајања скупштинске одлуке, јер се од тог тренутка може знати ко је гласао против одлуке, ко је био уздржан, односно ко није присуствовао седници, а то су лица која имају право на подношење захтева. На седници се захтев подноси председнику скупштине, односно лицу кога он овласти. Сви захтеви поднети пре усвајања скупштинске одлуке нису пуноважни.

Крајњи рок за подношење захтева је 15 дана од дана закључења скупштинске седнице. Протеком тог рока сваки несагласни акционар који није поднео захтев губи право на излазак из друштва.

49 Такво решење је прихватио и ЗОПД 2004 (чл. 444(1)).

50 За америчко право вид.: J. D. Cox, T. L. Hazen, F. H. O'Neal, 597.

51 ЗОПД 2011, чл. 475(2). Исто и: ЗОПД РС, чл. 435(6). Наше раније решење и важеће црногорско право прописују рок од 30 дана. Вид.: ЗОПД 2004, чл. 444(6); ЗОПД ЦГ, чл. 32а(2).

Рок од 15 дана има још један практичан значај. Наиме, акционарско друштво је у обавези да несагласним акционарима који су благовремено поднели захтев исплати вредност акција у законом прописаном року (60 дана), при чему он почиње да тече од дана истека рока од 15 дана. Рок за исплату је јединствен за све акционаре, и не зависи од дана када је конкретан акционар поднео захтев друштву за остваривање права на откуп акција.

Како би се акционарима поједноставило испуњење овог процесног услова, закон је обавезао друштва да на посебан начин информишу акционаре о овом праву и начину његовог остваривања. То је учињено тако што је прописан додатни материјал за седницу скупштине на којој се предлаже усвајање одлуке која даје право на несагласност.⁵² Друштва су у обавези да као саставни део материјала за седницу сачине и формулар захтева акционара за остваривање овог права. Законом је прописана и садржина овог формулара, са идејом да акционар треба да попуни само три празна поља: 1) лично или пословно име, 2) пребивалиште, односно седиште и 3) број и класу акција чији откуп захтева. Предвиђене елементе формулара треба третирати као исцрпљујуће, због чега се не може тражити ни више, али ни мање информација од акционара. На овај начин је максимално поједностављено испуњење овог процедуралног услова.

Коначно, у неким државама је актуелно и питање да ли након подношења захтева за излазак акционар губи то својство. Америчке државе у овом погледу дају различите одговоре. Тако, према једнима, од момента подношења захтева акционар губи одређена права или му престаје својство акционара, док према другима, својство акционара престаје тек исплатом правичне накнаде од стране акционарског друштва.⁵³ За српско право је друго решење прихватљивије.

IV Проширење права и на чланове друштва са ограниченом одговорношћу

Законом о привредним друштвима из 2004. године је било предвиђено да се право несагласних акционара може применити и на преостале три форме привредних друштава, тј. на чланове друштва са ограниченом одговорношћу, ортаке ортачког друштва и комплементарне и ко-

52 ЗОПД 2011, чл. 475(1); ЗОПД РС, чл. 435(5).

53 J. D. Cox, T. L. Hazen, F. H. O'Neal, 597.

мандиторе командитног друштва.⁵⁴ Услов је био да друштво својим интерним актима оптира за примену овог института или то учини актом којим се спроводи реорганизација друштва (спајање, подела, одвајање и промена правне форме). У сваком случају, овај закон је могућност примене права по основу несагласности проширио на чланове свих привредних друштава, те се у том смислу ово право могло посматрати као општи институт права привредних друштава. За акционарска друштва ово је био обавезан институт, што значи да она нису имала слободу да га укину, као ни да га на било који други начин ограниче. Супротно томе, за друга друштва он био факултативног (опционог) карактера, јер су она имала слободу да га примене ако оцене да је то у њиховом интересу, а законодавац им је дао и могућност да ово право даље ограниче.

Важећи закон у два правца мења приказано решење.⁵⁵ Прво, право несагласних акционара се може сходно применити само на чланове друштва са ограниченом одговорношћу, што значи да је ова опција укинута за друштва лица. Тако је од општег института права привредних друштава, ово право постало институт друштава капитала. Друго, примена на друштво са ограниченом одговорношћу је сада диспозитивно законско правило, а оснивачким актом друштва се може другачије одредити. Према томе, од опционог режима смо прешли на режим диспозитивности.

Проширење права несагласних акционара и на чланове друштва са ограниченом одговорношћу је непримерено решење. Разлог је веома једноставан: члановима друштва са ограниченом одговорношћу закон гарантује право на иступање из друштва из оправданих разлога.⁵⁶ Како сличан институт не постоји у праву акционарских друштава, право несагласних акционара треба да пружи неки вид ограничене заштите акционарима, дајући им право на иступање, у одређеним уско дефинисаним ситуацијама и под тачно прописаним условима.

Иступање члана из друштва са ограниченом одговорношћу из оправданог разлога је постављено тако да закон наводи када постоје нарочито оправдани разлози, при чему не забрањује друштвима да оснивачким актом предвиде и друге разлоге за иступање. Поступак иступања се састоји из три фазе: 1) подношења писаног захтева друштву од стране члана који намерава да иступи из друштва, 2) доношења одлуке о овом

54 ЗОПД 2004, чл. 446. Исто и: ЗОПД РС, чл. 437.

55 ЗОПД 2011, чл. 477.

56 ЗОПД 2011, чл. 188-194.

захтеву од стране скупштине и 3) вођења судског поступка, под условом да је скупштина одбила захтев или није одлучила о истом у одређеном року. Сходном применом права несагласних акционара на чланове друштва са ограниченом одговорношћу, ова лица добијају нови пут којим могу да иступе из друштва. Да ли је то оправдано?

Чини се да је одговор на постављено питање негативан. Међу законом претпостављеним оправданим разлозима за иступање не налазе се корпоративне промене које дају права по основу несагласности. Међутим, закон дозвољава друштвима да оснивачким актом предвиде и друге оправдане разлоге за иступање, где би свакако могли своје место да нађу и, примера ради, статусне промене, промена правне форме, располагање имовином велике вредности и сл. Према томе, законодавац је већ дао могућност друштвима са ограниченом одговорношћу да сами кроје разлоге за иступање, у ком случају се примењује законом предвиђен поступак иступања.

Уместо да се задржао на овој регулативи, која у довољној мери штити мањинске чланове друштва са ограниченом одговорношћу, законодавац је увео и паралелан режим, који се примењује у случају несагласности члана у односу на одређене скупштинске одлуке, и то као диспозитивно правило, од кога друштва могу да одступе. Тако долазимо у ситуацију да се прави разлика између две групе оправданих разлога за иступање, на које се примењују различити поступци, како унутар друштва, тако и у вези са судском заштитом.

Проблематика два колосека иступања из оправданих разлога се може илустровати на примеру накнаде која се плаћа члану који иступа из друштва. У режиму иступања члана из оправданог разлога накнада се одређује према тржишној вредности удела члана друштва на дан подношења тужбе, ако оснивачким актом није предвиђен други начин одређивања те накнаде. У режиму иступања због несагласности накнада која се исплаћује члану представља највишу од три вредности удела (књиговодствене, тржишне и процењене), при чему се те вредности утврђују на дан доношења одлуке о сазивању скупштинске седнице. Према томе, ова два режима дају члановима различита права на накнаду, јер се у првом случају она односи само на тржишну вредност, док се у другом случају она везује за највишу од три вредности, при чему је тржишна једна од те три вредности. Такође, и моменат када се ове вредности утврђују није истоветан. Коначно, режим иступања члана из оправданих разлога је флексибилан, јер друштво може да предвиди и други начин одређивања накна-

де, различит од законског. Супротно томе, право несагласних чланова на накнаду је засновано на императивним правилима.

Примена права несагласних акционара на чланове друштва са ограниченом одговорношћу показује и један „системски недостатак“. Наиме, основни услов за остваривање права, који терети акционара, односно члана је несагласност са усвојеном скупштинском одлуком. Међутим, проблем код друштава са ограниченом одговорношћу може наступити у ситуацији када оснивачки акт, искористи опцију дату законом, те надлежност за усвајање неких одлука о фундаменталним корпоративним променама са скупштине пренесе на управу. Из свега наведеног се изводи закључак да постојеће српско решење треба променити, и то тако да се примена овог института веже искључиво за акционарска друштва, без могућности проширења на друга привредна друштва (како је то прописивао Закон о привредним друштвима из 2004. године), односно друштво са ограниченом одговорношћу (како то прописује важећи закон).

IV Закључак

Услови за остваривање права несагласних акционара су у српском праву неспорно у интересу мањинских акционара. Уместо да је законодавац искористио овај институт како би успоставио равнотежу интереса акционара и интереса друштва, клатно ове регулативе се у потпуности померило ка акционарима. Овакав закључак произлази из материјалних и формалних услова за остваривање овог права. Наиме, материјални услови су широко постављени, што значи да акционари имају права по основу несагласности у бројним ситуацијама. Супротно томе, процесни услови су максимално либерални, те се акционарима остварење овог права гарантује уз испуњење минималних услова. *De lege ferenda* се треба заложити за рестриктивније дефинисање корпоративних промена које дају акционарима право на излазак из друштва, али и прописивање додатних процесних услова за остваривање овог права.

Vuk RADOVIĆ, PhD, Mag. iur., LL.M. (University of Pittsburgh)
Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

CONDITIONS FOR EXERCISING SHAREHOLDER'S RIGHT TO APPRAISAL

Summary

Shareholder's right to appraisal (right to exit the company with the equitable price) represents a controversial topic of corporation law, which is why relatively small number of countries, including Serbia, accept it. In this article, the author analyses only one aspect of this right – conditions for its exercising. After introductory remarks, the first part of this article explores triggering events, i.e. fundamental corporate changes that trigger the appraisal rights. The second part deals with procedural requirements that a shareholder must fulfill in order to have the right to exit the company (objection prior to shareholder meeting, voting against the proposal and request for appraisal). Finally, the author emphasizes that appraisal rights should not be given to members of limited liability company. In conclusion it is recommended that Serbian law should de lege ferenda: 1) narrow appraisal-triggering corporate events, 2) introduce additional procedural requirements for exercising the right to exit and 3) not apply this right to members of limited liability company.

Key words: *shareholder, corporation, fundamental corporate change, right to appraisal, general meeting of shareholders, limited liability company.*

др **Татјана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ**
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

НИШТАВОСТ ОСНИВАЧКОГ АКТА У СРПСКОМ ПРАВУ

Резиме

Аутор се у раду бави проблемима ништавости оснивања привредног друштва. Анализиране су у том циљу одредбе српског права које уређују ништавост оснивачког акта. Оне су стављене у везу са одредбама које предвиђају ништавост регистрације оснивања привредног друштва. Указано је на постојеће недоумице и проблеме у практичној примени постојећег решења. Због тога аутор у раду предлаже измене које би допринеле целовитијем, системском и јаснијем уређењу режима ништавости оснивања привредних друштава. Ипак, истакнуто је да ништавост мора да буде крајње средство заштите интереса заинтересованих лица, ради чега је нужно унапређење постојећег система контроле (оснивања) привредних друштава.

Кључне речи: *ништавост, привредно друштво, оснивачки акт, оснивање, регистрација, контрола.*

I Увод

Ништавост у компанијском праву разликује се значајно од општег режима ништавости у грађанском праву. Посебан режим ништавости компанијског права почива на појачаној потреби заштите сигурности у правном промету.¹ Посебна заштита наведених интереса кроз специфичан концепт ништавости компанијског права иде руку под руку са систе-

1 Вид. у домаћем праву нпр. чл. 6, 13, 14, 33 ЗОПД. Примере вид. и у немачком праву код Karsten Schmidt, „Fehlerhafte Verschmelzung und allgemeines Verbandsrecht: Eine Analyse nach geltendem und kommendem Recht“, ZGR, Nr. 3/1991, 379. О особеном режиму ништавости у односу на одлуке скупштине вид. нпр. Jakša Barbić, *Pravo društava, Knjiga druga: Društva kapitala*, 4. izdanje, Organizator, Zagreb, 2007, 813.

мом регистрације и објављивања података о привредним субјектима, тачније са начелима јавности и поуздања у регистроване и објављене податке. Отуда постоји и изражена потреба у овој сфери да једно фактичко стање буде прихваћено као правно, чак и у случају када за настанак правног односа нису испуњени сви услови.²

Ипак, често примену постојећих правила о ништавости код нас прате недоумице и проблеми који доводе до недоследности у примени. Стога циљ овог рада представља на првом месту допринос тумачењу питања ништавости оснивања привредних друштава у српском праву и предлог за унапређење постојећих решења.³

II Оснивање друштва и ништавост у српском праву

Појам ништавости најчешће се приликом оснивања друштва везује за неколико појмова. Тако се говори о *ништавости друштва* као субјекту права, као и о *ништавости оснивања друштва* као скупу услова под којима настаје субјект права. Такође је могуће говорити и о *ништавости оснивачког акта* који представља правни основ за настанак друштва. Најзад, могуће је и да поступак који има конститутивно дејство на стицање субјективитета привредног друштва буде са недостацима, када се говори о *ништавости регистрације* (односно уписа).

Српско право предвиђа могућност ништавости оснивачког акта са једне стране, као и могућност ништавости регистрације оснивања, са друге стране. Док је ништавост оснивачког акта предвиђена одредбама Закона о привредним друштвима, ништавост регистрације оснивања уређена је одредбама Закона о регистрацији у Агенцији за привредне регистре.⁴ Такво паралелно уређење режима ништавости релативна је новина српског права. Раније код нас није постојао одвојени већ паралелни режим ништавости, па је последњи корак у случају евентуалних неправил-

2 Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, 8. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2008, 1379-1380.

3 Део истраживања посвећен теоријским основама ништавости оснивања због ограниченог простора није обухваћен овим радом, те ће бити објављен накнадно, али аутор упућује на њега, узимајући у обзир да представља целовито истраживање уз овај рад. То је, такође, случај и са радом који је посвећен питању ништавости регистрације у српском праву, чије се објављивање очекује током ове године у зборнику радова *Право и транзиција* у издању Правног факултета Универзитета у Београду.

4 Вид. чл. 13-14 Закона о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, као и чл. 33 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014.

ности приликом оснивања друштва била ништавост (или брисање) регистрованих података, укључујући и оснивање.⁵

Иако је такав приступ делом био последица судског вођења регистра, он је такође имао и за основ другачију везу између компанијског и грађанског права. Док се са једне стране јасно одваја правни субјективитет правног лица (па и привредних друштава), дотле је он био у много већој зависности од класичних правила грађанског права, која се односе и на правне послове (оснивачки акт) и на могућност њихове ништавости. Ипак, постоји свест о томе да се поступак ништавости грађанског права не може потпуно пренети у област компанијског права. Стога постаје јасно да се ни ништавост оснивачког акта не може расправити применом општих правила облигационог права, већ да нарочит значај имају посебна правила компанијског права. Тако се већ пре извесног времена у нашој теорији и пракси усталило мишљење да оснивачки акт има поред облигационоправних и статусне елементе, при чему је опредељујући статусноправни карактер тог акта.⁶ Дакле, иако уговорне природе, оснивачки акт је неодвојив од привредног друштва те је сваки случај његових недостатака доводио до утврђења ништавости уписа (у судски регистар) који је извршен на основу оснивачког акта.⁷ Дакле, да би друштво које је настало на ништавом правном основу престало да постоји било је нужно да се поред утврђења ништавости основа утврди и ништавост уписа, односно касније регистрације привредног друштва.

5 Вид. режим брисања неоснованог уписа, а нарочито режим ништавости уписа у судски регистар у чл. 59-63 Закона о поступку за упис у судски регистар, *Службени лист СРЈ*, бр. 80/94 и *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, као и режим Закона о предузећима који је предвидео престанак предузећа у случају да се правноснажном одлуком суда утврди ништавост уписа у регистар, чл. 100 ст. 1 т. 6 Закона о предузећима, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001, 36/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 125/2004. Сличну паралелу вид. и између одредбе о тужби за утврђење ништавости регистрације података из чл. 69 Закона о регистрацији привредних субјеката, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 61/2005, 111/2009 и одредби о ништавости регистрације оснивања у чл. 11 Закона о привредним друштвима – ЗОПД 2004, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, 36/2011.

6 Вид. Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 12446/2010 (2) од 1.9.2011. године, доступну преко базе *ParagrafLex*. И домаћа теорија такође истиче специфичан карактер оснивачког акта. Вид. нпр. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, 9. издање, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд, 2015, 56-57. Такав став усваја и упоредна теорија, те немачка теорија, на пример, истиче уговорне и организационе елементе овог *sui generis* правног посла. Вид. нпр. U. Hüffer, 106, 1380.

7 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 131/2010 од 24.6.2010, *Судска пракса привредних судова – Билтен*, бр. 1/2011.

Слично схватање усвојено је и након корених измена српског права у регистрацији привредних друштава, коју преузима Агенција за привредне регистре, водећи се начелима формалности и ефикасности и регистрацијом према правилима управног поступка. И након увођења таквог система контроле српско право у првом тренутку задржава раније схватање којим се у случају недостатака оснивачких аката пружа могућност да се захтева ништавост регистрације оснивања привредног друштва (или регистрације и других података, што више није случај).⁸ Дакле, суштина решења и даље је у вези са регистрацијом коју спроводи Агенција за привредне субјекте, иако је надлежност за утврђење ништавости и даље у рукама суда, док регистратор само врши забелешку спора и пресуде након њеног доношења. Стога се пажња и даље усмерава на регистрацију од које зависи настанак и постојање привредног друштва. Евентуална судбина озбиљних недостатака у настанку друштва остаје у вези са регистрацијом будући да између њих постоји *каузалност* и суштинска веза у којој без пуноважног основа упис (па и регистрација) не може самостално да опстане, без обзира што има конститутивно дејство. Дакле, и даље постоји јасна корелација са општим правилима грађанског права, при чему је оснивачки акт иако специфичан, и даље уговор који представља правни основ уписа – регистрације привредног друштва.

Такво схватање важећи Закон о привредним друштвима напушта уводећи као посебан институт *ништавост оснивачког акта* који, притом, не доводи ни у какву везу са регистрацијом оснивања привредног субјекта, иако међу њима постоји очигледна веза. Могући разлог за такво поступање лежи у намери да се изричито искључи могућност истицања ништавости оснивачког акта према општем режиму облигационог права. Ипак, управо супротно, усвојени режим сувише истиче уговорни елемент привредног друштва, те могућност утврђивања ништавости тог елемента има за директну последицу покретање поступка принудне ликвидације.⁹

Најзад, најзначајнији практични проблем у тако дефинисаном концепту ништавости оснивања – која се заправо дели на ништавост оснивачког акта и ништавост регистрације лежи у међусобној вези та два поступка. Наиме, ослањајући се на постојање такве везе од раније, српски судови имали су тешкоћа да направе разлику између ова два поступка, те

8 Чл. 11 ЗОПД 2004.

9 Вид. чл. 14, ст. 3 ЗОПД.

није ретко било схватање да се ради о таквим правилима за које је нужна *паралелна (или сходна) примена*.¹⁰

Ипак, сматрамо да се режим ништавости регистрације оснивања разликује од режима ништавости оснивачког акта и нужно их је посматрати као два одвојена поступка, која имају различите услове услед којих може наступити ништавост, како материјалне, тако и формалне (нарочито у погледу рокова), различити режим у погледу могућности отклањања узрока ништавости, као и различита правила о дејству ништавости. Са друге стране, последица ништавости у оба случаја је иста, јер подразумева обавезу спровођења принудне ликвидације.¹¹ Пошто је јасно да је последица ништавости у *оба случаја* принудна ликвидација, то отклања потребу паралелне примене ових института, тим пре јер је њихова сврха санкционисање потпуно различитих недостатака приликом оснивања друштва. Овај рад ће бити усмерен само на испитивање режима ништавости оснивачког акта.¹²

III Ништавост оснивачког акта

Ништавост оснивачког акта предвиђена одредбама ЗОПД представља суштину одредби о ништавости (оснивања) друштва и њихова садржина обликована је у великој мери под утицајем права ЕУ, иако са извесним особеностима, пре свега у односу на концепцијско опредељење ништавости.

1. Концепцијско опредељење ништавости

Наиме, српско право концентрисало је режим ништавости оснивања на ништавост оснивачког акта.¹³ Такав приступ, међутим, није сасвим теоријски оправдан, будући да друштво није изједначено са уговором на основу кога настаје, нити његова ништавост аутоматски повлачи ништавост друштва. За настанак и постојање друштва нужни су и други

10 О недоумицама у практичној примени ових двају режима вид. Бранко Станић, „Ништавост оснивачког акта и ништавост регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни касациони суд, *Билтен*, бр. 3/2015, 328-331. У пракси се такође уочава и својеврсна *комбинована примена* правила оба института.

11 За последице вид. чл. 546 ст. 1 тач. 6 ЗОПД.

12 Као што је већ наведено у ранијим фуснотама, ништавост регистрације оснивања предмет је другог рада у оквиру овог истраживања чије се објављивање очекује током ове године у зборнику радова *Право и транзиција* у издању Правног факултета Универзитета у Београду.

13 Чл. 13 ЗОПД.

елементи, међу којима се истиче чињеница уписа или регистрације друштва која има конститутивно дејство, на основу које настаје посебан субјект права. Управо посебан субјективитет указује на непостојање знака једнакости између друштва и правног основа на коме је настао, те нема ни знака једнакости између ништавости основа и самог друштва.

Чак и када постоје недостаци који се односе на правни основ – оснивачки акт, и даље је у компанијском праву највећа пажња усмерена не на постојање недостатка основа као таквог, већ чињеницу да постојећи недостатак онемогућава опстанак друштва које се сматра основаним. Примера ради, у случају да правном послу (оснивачки акт) недостаје неки битни елемент – такав посао био би ништав у компанијском праву само онда када друштво не може или не сме да опстане без предвиђеног елемента. Стога нису сви битни елементи оснивачког акта истовремено и разлози за његову ништавост према савременој теорији компанијског права. Сходно томе, погрешно је режим ништавости везати само за ништавост оснивачког акта, а не и ништавост оснивања привредног друштва. Будући да управо то чини српско право, концентришући разлоге за ништавост око оснивачког акта, сматрамо да тиме ставља у други план основну сврху ништавости оснивања, и истиче уговорни концепт (настанка) друштва, који иначе није својствен српском праву, нити треба да буде изражен приликом примене института ништавости оснивања.

Стога би концепцијско опредељење за регулисање ништавости (оснивања) друштва требало тражити у свим елементима нужним за настанак друштва, међу којима је и оснивачки акт друштва. Тиме би у првом плану била истакнута околност да се *друштво* које приликом настанка има одређене недостатке ипак сматра да постоји, и то не само фактички, већ и правно.¹⁴ Међутим, недостаци које има друштво (а не основ на коме настаје) су у тој мери изражени да не могу оправдати даље постојање друштва, чак ни због заштите интереса правне сигурности, односно трећих лица, те је оправдано да доведу до престанка друштва. Стога у таквом концепцијском опредељењу ништавост представља одступање од основног циља компанијског права да пружи заштиту поверења и сигурности у правном промету.¹⁵ На основу тога би термин *ништавост*

14 Thilo von Bodungen, „The Defective Corporation in American and German Law“, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 15, Nr. 1-2/1966-1967, 317.

15 Нека друга питања, попут ограничења овлашћења заступника или статусних промена, имају сличан режим, који у појединим правним системима иде и по апсолутне заштите постојећег стања. Вид. Marian Paschke, „Die fehlerhafte Korporation: Zwischen korporationsrechtlicher

оснивања као шири појам био и адекватнији, јер обухвата све пропусте приликом настанка друштва, а притом се не ограничава ни на правни основ (оснивачки акт), нити на сам поступак оснивања – регистрације или уписа. Тај термин такође искључује недоумице у погледу могућности накнадне ништавости, указујући да се накнадни недостаци морају другачије санкционисати (о чему ће касније бити више речи). Најзад, избегава теоријски проблематичан појам ништавости друштва. У том смислу ваља схватити употребу термина ништавости оснивања у овом раду.

2. Утицај права ЕУ

У праву ЕУ ништавост друштва као посебан начин његовог престанка регулисан је рестриктивним режимом предвиђеним правилима (раније Прве) Директиве компанијског права ЕУ која се, између осталог, односи и на ништавост.¹⁶ Разлог таквог приступа треба тражити не само у потреби заштите трећих лица, већ нарочито и услед посебно изражене потребе уклањања разлика и специфичности режима ништавости који је у време регулисања тог питања био изражен међу земљама чланицама.¹⁷ Позадина те потребе свакако је било успостављање хармонизованог система који обезбеђује правну сигурност, од значаја за унутрашње тржиште, заснованог на регистровању и објављивању одређених података о друштвима, чији је саставни и важан део контрола тог поступка, и сасвим логично ограничење могућности ништавости оснивања. Уколико постоје разлози који могу да воде ка ништавости, нужно је да се отклоне пре ре-

Tradition und europarechtlicher Rechtsentwicklung“, *ZHR*, vol. 155, 1991, 6. Више о аргументима у прилог ништавости као изузетку у немачкој теорији вид. и код Karsten Schmidt, „Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht: Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Instituts“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Nr. 5/1986, 425.

16 Директива о координацији правила земаља чланица која се односе на привредна друштва, неопходим ради једнаке заштите интереса чланова и трећих лица – Директива о ништавости, Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent (Text with EEA relevance), *OJ L* 258, 1.10.2009. Овај текст консолидовао је и заменио одредбе Прве директиве компанијског права. Детаљно о одредбама ове Директиве у српској литератури вид. Вук Радовић, „Ништавост, објављивање информација и пословање друштва капитала“, Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 89 и даље.

17 Вид. Stefan Grundmann, *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, 740.

гистровања, односно да се спречи регистровање друштава са недостацима.¹⁸ Тиме је наглашена потреба провере услова за оснивање приликом регистрације, и управо је на том питању инсистирао систем правила намењених обезбеђењу правне сигурности и заштите трећих лица, налажући озбиљну контролу оснивања како би се избегло санкционисање путем ништавости.

Наиме, контрола коју је предвидело право ЕУ обухвата превентивну судску или управну контролу поступка оснивања друштва, или обавезну оверу пред надлежним органом (бележник или друго овлашћено лице, зависно од националног права) свих оснивачких аката, статута и њихових измена.¹⁹ Иако је регулисање контроле било под јаким утицајем немачког система који подразумева озбиљну контролу како материјалних, тако и формалних услова оснивања, слабија контрола остала је могућа, и у неким чланицама остала је само формалне природе, најчешће услед потребе ефикаснијег оснивања друштава.²⁰

Притом, што је та контрола значајнија приликом оснивања привредног друштва, нарочито када подразумева преиспитивање материјалних услова оснивања, укључујући и механизме за уклањање пропуста, ништавост има мање значаја. Супротно, слабија контрола, или она ограничена на испитивање испуњења формалних услова отвара шири простор за ништавост, која у том случају служи као механизам остваривања услова оснивања.²¹ Неспорно је, међутим, да компанијско право ЕУ даје несумњиву предност контроли и истиче њен значај као основни механизам заштите приликом оснивања друштава.

Најзад, најзначајнија карактеристика режима ништавости у праву ЕУ односи се на врло строге услове под којима се она може утврдити, с тим да је таксативним набрајањем услова и режима ништавости успостављен њен максимални обим, те није могуће утврдити ништавост у другим случајевима, сем оних предвиђених, нити са другачијим последицама

18 *Ibid.*, 137.

19 Чл. 11 Директиве о ништавости.

20 О контроли оснивања у француском праву која је много ужа и махом формалне природе, што несумњиво утиче на ефикасност, вид. Peter Jung, „Vers une convergence des droits allemand et français des sociétés?“, *Revue internationale de droit comparé*, Nr. 4/2008, 866.

21 Robert Drury, „Nullity of Companies“, *European Company Laws: A Comparative Approach* (Eds. Robert Drury, Peter Xuereb), Dartmouth, Aldershot – Brookfield USA – Hong Kong – Singapore – Sydney, 1991, 262.

или под других условима.²² То значи да национални режим може да сузи понуђени оквир и услове ништавости, или да је потпуно онемогући, али не сме да установи режим ништавости који би прелазило рестриктивно постављене границе.

Узимајући у обзир широку и честу примену режима ништавости оснивања у српском праву, одредбе о ништавости добијају у нашим условима посебан значај. За разлику од многих националних права која о ништавости расправљају као о теоријском концепту који је потпуно немогуће замислити у пракси, ништавост оснивачког акта, као и регистрације није ретка појава у домаћој пракси, нити је била ретка и у старијој пракси, те се чак истицало да је „пракса ... веома богата“.²³ Стога се не може рећи да у нашим условима стоји тврдња према којој су одредбе о ништавости „релативно неважне“²⁴ јер је ништавост ретка, нити су „тривијалне“ јер „подразумевају ситуације које готово никад не постоје у пракси“.²⁵ Отуда ће наредна излагања бити усмерена на анализу српског режима ништавости оснивачког акта, имајући, притом, у виду њихово порекло у правном режиму ништавости компанијског права ЕУ.

3. Општи оквир за уређење ништавости оснивачког акта

Српско право уређује ништавост оснивачког акта у два члана Закона о привредним друштвима, при чему у једном таксативно наводи разлоге ништавости, док у другом уређује поступак за утврђење ништавости и његово дејство.²⁶ Њихов садржај је несумњиво одређен под значајним утицајем права ЕУ, будући да се чак и текстуално врло често подударају. Стога вреди изложити њихов садржај, нарочито га упоређујући, када је то нужно, са смислом који се тим одредбама придаје у праву ЕУ.

а) Оснивачки акт – компанијскоправни акт

У српском праву оснивачки акт има форму уговора о оснивању, осим у случају када друштво оснива само један члан, када основ за наста-

22 То је изричито предвиђено чл. 12 Директиве о ништавости, који наводи разлоге за ништавост.

23 Слободан Спасић, „Ништавост регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни суд Србије, *Билтен судске праксе*, бр. 2/2008, 313.

24 Vanessa Edwards, *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, 46.

25 Luca Enriques, „EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial are They?“, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27, Nr. 1/2006, 36.

26 Чл. 13 и 14 ЗОПД.

нак друштва представља одлука о оснивању јединог члана.²⁷ Ипак, предвиђено је да је оснивачки акт „конститутивни акт друштва“, чиме се заправо истиче његова организациона, и сасвим особена правна природа, којом тај акт нема много заједничког са класичним уговором (или једностаном изјавом воље) грађанског права.

Разлике у односу на уговор (или други правни посао грађанског права) су бројне. Очигледна је разлика само уколико се посматра (условно речено) слободан излазак и улазак из и у друштво а да то нема утицаја на уговор (сем у смислу измене података о новим члановима и улозима), док лица која накнадно приступе друштву тај акт обавезује; као и механизам измене оснивачког акта путем доношења одлуке, која у, примера ради, друштву са ограниченом одговорношћу подразумева (само) апсолутну већину чланова у највећем броју одлука.²⁸

Међутим, разлике су очигледне управо и у режиму ништавости, будући да је нарочито у том питању дошла до изражаја посебна компанијскоправна природа оснивачког акта, те је за њега у основи искључен општи режим ништавости облигационог права. Такав приступ последица је утицаја права ЕУ у ограничењу режима ништавости, иако и даље чак поједина национална права земаља чланица ЕУ истичу значај уговорне правне природе и уговорних елемената привредног друштва.²⁹ Одређујући концепцијски ништавост кроз ништавост оснивачког акта српско право се такође значајно окреће ка таквом уговорном концепту, који је очигледан и из наведених разлога ништавости, будући да су они дефинисани искључиво као недостаци оснивачког акта, а не самог друштва. Док

27 Чл. 11 ЗОПД.

28 Исти аргументи и код нпр. Nicholas H.D. Foster, „Company Law Theory in Comparative Perspective: England and France“, *The American Journal of Comparative Law*, Nr. 4/2000, 586. Такође и у домаћој теорији вид. М. Васиљевић, 56.

29 Вид. нпр. упоредноправни преглед, са нарочитим освртом на уговорну природу у француском праву и последице на ништавост код R. Drury, 262 и даље. О двоструком режиму ништавости у француском праву које поред компанијскоправних, прихвата примену општих правила о ништавости уговора вид. чл. 1844-7 ст. 3 и чл. 1844-10 француског Грађанског законика (Code civile), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000028724345&cidTexte=LEGITEXT000006070721>, 1.2.2017; и чл. L. 235-1 француског Трговачког законика (Code de commerce), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006229586&cidTexte=LEGITEXT000005634379>, 1.2.2017. Ипак, такав режим сматра се да није у складу са правом ЕУ. Вид. нпр. Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, 3e édition, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2009, 242-245; Philippe Merle, *Droit commercial: Sociétés commerciales*, 6 édition, Dalloz, Paris, 1998, 82.

се неки од недостатака заиста нужно и могу узети само за оснивачки акт, то није случај са свима. Тако је, на пример, недозвољена делатност друштва она која је *наведена у оснивачком акту*, а супротна је принудним прописима или јавном поретку. Иако ће касније бити више речи о том разлогу, па и идеји да се под делатношћу не посматра фактичка већ предвиђена делатност, остаје спорно да ли је то недостатак уговора (недозвољена кауза) или друштва. Овде такође вреди истаћи и значај регистрованих података у односу на оне које садржи оснивачки акт, чиме би додатно могао да се поткрепи неоправдано велики значај који је дат оснивачком акту, а не ништавости друштва или његовог оснивања.

Поред таксативно наведених разлога ништавости оснивачки акт се не може ни у једном другом случају утврђивати да је ништав (нити то може да се деси по самом закону), те је санкционисање свих осталих недостатака предвиђено на други начин. Генерално се може рећи да српско право у случају недостатака приликом оснивања (па и постојања) друштва предност даје принудној ликвидацији, а не ништавости, чиме је опредељено место ништавости. Тиме је овај институт крајње средство и стога се мора врло уско и рестриктивно тумачити.³⁰

б) Оснивачки акт регистрованог друштва

Регулисање ништавости оснивачког акта остало је неодређено у времену, будући да се не везује ни за какве рокове. Значај рокова не само да омогућава да се питање ништавости оснивачког акта постави у било ком тренутку, већ отвара и додатна питања. Пре свега, који је однос оснивачког акта и режима ништавости са чињеницом регистрације друштва – тачније, да ли предвиђени режим ништавости једако важи без обзира на чињеницу да ли је друштво регистровано или не. Такође, отвара питање да ли обухвата само првобитно сачињен (и регистрован) оснивачки акт, или је могуће говорити о ништавости оснивачког акта који је иницијално био ваљан, али је накнадним изменама, доцније, изгубио све услове за пуноважност, те се може накнадно утврђивати његова ништавост.

30 У том смислу потпуно одговара месту ништавости у систему компанијског права ЕУ. Више о рестриктивном тумачењу института ништавости у праву ЕУ у пара. 12 Пресуде у случају *Marleasing v La Comercial Internacional de Alimentación* (C-106/89). Теоријске ставове вид. нпр. код: V. Edwards, 46; Erik Werlauff, *EU Company Law: Common business law of 28 states*, 2nd edition, DJØF Publishing, Copenhagen, 2003, 76; R. Drury, 251; Mathias Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis*, 3. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2006, 100.

У одговору на прво питање вреди истаћи да Закон о привредним друштвима садржи изричиту одредбу, према којој се пресуда којом се утврђује ништавост оснивачког акта друштва доставља регистру привредних субјеката „ако је друштво регистровано“ ради покретања поступка принудне ликвидације.³¹ То би значило да је могуће утврђивати ништавост и ако друштво није регистровано, под истим претпоставкама, с тим што се тада не примењују све одредбе у вези последица ништавости. Ипак, тако не би требало тумачити ни наведену одредбу, нити предвиђени режим ништавости.

Разлог томе лежи у циљу установљеног режима ништавости, који на првом месту има интерес правне сигурности и заштите трећих лица. И у оквиру права ЕУ је истакнуто да је домашај одредбе о ништавости ограничен на она друштва која постоје у очима трећих лица, онако како је то према стању из регистра, и ради заштите сигурности у правном промету.³² Ван оквира режима ништавости остају, дакле, они случајеви када друштво није регистровано.

Стога би и у оквиру српског режима ништавости ваљало имати у виду исти смисао и домашај правила о ништавости, што би практично значило да би пре оснивања друштва, тачније регистрације којом друштво стиче субјективитет, ништавост оснивачког акта ваљало решавати према општем режиму облигационог права о ништавости правних послова. Ограничени разлози ништавости оснивачког акта добијају смисао тек након регистрације друштва, када се суштински и мења правна природа оснивачког акта, којом он постаје особени компанијскоправни акт. Тиме би наведену одредбу о последицама ништавости „ако је друштво регистровано“ заправо требало разумети само у смислу уређења последица ништавости регистрованог друштва.³³

31 Чл. 14 ст. 3 ЗОПД.

32 Суд ЕУ изнео је мишљење о примени одредби о ништавости на она друштва, за која трећа лица према стању из регистра сматрају да постоје. Вид. пара. 14 Пресуде у случају *Ubbink Isolatie BV* (C-136/87). Каже се, наиме, да се правила Директиве о ништавости примењују само у случају да трећа лица према правилима о објављивању верују да друштво постоји („...the rules concerning the nullity of companies laid down in Section III of the First Directive apply only where third parties have been led to believe by information published in accordance with Section I that a company within the meaning of the First Directive exists“). Вид. и: V. Edwards, 47-48.

33 Стога би правилнија била формулација која изоставља коришћење речи ако, коју не треба схватити условно, већ у контексту када је друштво регистровано, или пошто (због тога што) је друштво регистровано.

в) *Примена одредби о ништавости оснивачког акта на статут акционарског друштва*

Закон о привредним друштвима предвиђа да оснивачки акт као конститутивни акт имају све форме привредних друштва, али да поред њега акционарско друштво има и статут којим уређује управљање друштвом и друга питања.³⁴ Стога вреди поставити питање какав је режим недостатака који постоје у статуту акционарског друштва, будући да и он уређује важна питања за настанак и функционисање друштва.

Прво, да ли се на њега сходно примењују одредбе о ништавости оснивачког акта, будући да и његов садржај обухвата неке елементе који су предвиђени као разлози ништавости оснивачког акта (пословно име, делатност, капитал). И за његово закључење неопходна је одређена форма, а такође се и овде може поставити питање правне и пословне способности потписника тог акта.³⁵ Друга могућност била би примена општих правила грађанског права, за разлику од оснивачког акта, за који је изричито предвиђено да се та правила не примењују. Најзад, трећа могућност била би да се не може утврђивати ништавост статута, или, прецизније, иако може да она *не може да има за последицу принудну ликвидацију друштва* по аналогiji са правилима о ништавости оснивачког акта или регистрације.

Иако о овом питању нема изричитих ставова нити праксе која нам је позната, сматрамо да треба прихватити у сваком случају треће решење које у случају недостатака статута онемогућава аналогiju са ништавим оснивачким актом у примени правила о спровођењу принудне ликвидације. Такође би било неприхватљиво применити другу могућност, будући да за статут једнако важе сви аргументи у прилог специфичности природе и дејстава и овог акта, у односу на правне послове грађанског права, а односе се и на питање ништавости. Ипак, сматрамо да не треба прихватити ни могућност сходне примене правила о ништавости оснивачког акта и на статут, будући да је циљ предвиђених правила регулисање *ништавости оснивања* а не оснивачког акта, те се стога једнако примењује и на оснивачки акт акционарског друштва, који има функцију да регулише поступак оснивања. Сходно томе, не би се могао применити ни на недостатке статута, будући да је тај документ намењен уређењу „управљања и других питања“ уређених законом, а не оснивања друштва. Ме-

34 Чл. 11 ст. 1 и 4 ЗОПД.

35 За садржај статута вид. чл. 246 ЗОПД.

ђутим, на недостатке статута требало би применити правила која сматрамо да једнако важе и за накнадне измене оснивачког акта, јер недостаци акта који уређује функционисање друштва морају адекватно да се санкционишу.

г) Накнадна и делимична ништавост оснивачког акта

Већ је истакнуто да регулисање ништавости оснивачког акта није изричито везано нити за оснивање друштва, нити за рокове, те се значај тог питања огледа и у питању домашаја одредбе о ништавости оснивачког акта. Наиме, наведени режим могуће је разумети тако да обухвата само оснивачки акт у тренутку настанка – оснивања друштва, или је, пак, могуће говорити о ништавости оснивачког акта за коју су разлози наступили накнадно, након неке од његових могућих измена, што је (осим код акционарског друштва у коме се оснивачки акт не мења) редовна околност у току функционисања и постојања привредног друштва.

У одговору на то питање ваља се поново подсетити које је место и функција института ништавости у српском правном систему (као и у систему ЕУ по узору на које је уређен овај институт). Имајући то у виду, а нарочито околност да ништавост представља изузетну санкцију у случају када приликом оснивања друштва предвиђена контрола није могла да спречи непоштовање услова за ваљано оснивање, ваља дати одговор и на постављени проблем. Смисао изузетака који омогућавају утврђивање ништавости треба сагледати у контексту оснивања друштва са недостацима, а не недостатака својствених самом оснивачком акту. Тиме суштина лежи у значају ништавости *оснивачког* акта, односно акта који има функцију да се друштво оснује. Тиме накнадне измене оснивачког акта не требало да буду обухваћене режимом ништавости оснивачког акта, што је још један аргумент против употребе постојећег, и коришћења термина ништавости (оснивања) друштва.

У случају да након измена оснивачког акта недостаје неки битни елемент за постојање *друштва* оно мора да престане да постоји. Чињеница да тај битни елемент јесте наведен као неки од елемента који воде ништавости оснивачког акта не може да доведе до његове накнадне ништавости, будући да је друштво већ настало. Дакле, оснивачки акт не може да постане накнадно ништав, већ само неке његове одредбе. У случају да су те одредбе међу суштинским елементима оснивачког акта, то значи да је оснивачки акт изгубио неки од тих битних елемената и да више не може адекватно (или уопште) да уређује права и обавезе у интерним и/или

екстерним односима друштва. Стога би то био разлог престанка друштва, упоредив са свим другим случајевима када друштву недостаје неки важан елемент за његово постојање (на пример, други члан у ортачком или командитном друштву, законски заступник, минимални капитал и слично), за шта је такође санкција принудна ликвидација.³⁶ Такође би се тај режим сходно могао применити и на ситуацију у којој постоје разлози за ништавост статута акционарског друштва, као и када постоје остали разлози који утичу на ваљаност оснивачког акта, а нису изричито предвиђени као разлози за његову ништавост.³⁷ Дакле, у тим случајевима друштво би *пре-стајало да постоји* јер више не испуњава услове за постојање, а не ради се о ништавости ваљано основаног друштва.

Осим те могућности, наведена ситуација може да се решава и путем примене правила која уређују неправилности у правном послу који је довео до измена оснивачког акта, тако да постоје разлози за његову ништавост. Тај правни посао може да буде одлука скупштине или других надлежних органа (лица) зависно од форме привредног друштва. Такав посао би у случају да је довео до накнадне ништавости оснивачког акта могао да се побија, а учињене измене биле би на тај начин без правног дејства, чиме би оснивачки акт и даље био ваљан.

Уколико се на тај начин посматра одредба која предвиђа ништавост оснивачког акта, онда се она односи само на ништавост у тренутку закључења уговора (или доношења одлуке) на основу ког је основано друштво. Стога би било практично и да ништавост оснивачког акта ипак буде ограничена роком у коме се може истицати, односно у коме би то имало смисла чинити, будући на последице које су наступиле у правном промету и потреби успостављања веће правне сигурности.

Најзад, изложени режим треба сходно применити и за питање *делимичне ништавости оснивачког акта*. Тако би се у том случају недостаци који воде делимичној ништавости, а обухваћени су таксативно наведеним разлозима ништавости могли или отклонити до закључења главне расправе на којој се расправља о ништавости,³⁸ или имају за последицу ништавост оснивачког акта у целини, будући да су према озбиљности ко-

36 У том смислу упор. разлоге за принудну ликвидацију, чл. 546 ЗОПД.

37 Исто мишљење вид. код J. Barbić, 245.

38 Вид. чл. 14 ст. 2 ЗОПД.

ју имају неспорно сврстани међу одредбе без којих оснивачки акт не може опстати.³⁹

4. Разлози ништавости

Разлози ништавости и у прописима који уређују ништавост на комунитарном нивоу врло су рестриктивни и у теорији је уједначено мишљење, касније потврђено и у пракси Суда ЕУ да ништавост сем таксативно наведених разлога није могућа и у другим случајевима.⁴⁰ Разлози *ништавости друштва* које је предвидело право ЕУ односе се или на нужне елементе за постојање друштва, међу којима постоје и они у вези са оснивачким актом и његовом уговорном природом, или на делатност друштва противну прописима или јавном поретку, или у случају потпуног изостанка контроле оснивања.⁴¹

По угледу на наведену одредбу српско право преузело је већину разлога ништавости, дефинишући их као *разлоге за ништавост оснивачког акта* од којих је први разлог прихваћен само једним делом, и то у погледу форме оснивачког акта, док су пропусти у контроли оснивања препуштени регулисању одредбама Закона о поступку регистрације у АПР о ништавости регистрације оснивања.⁴² Остали разлози већином су приваћени и то дословно, иако је од преосталих пет разлога српски законодавац изоставио два. Ради се о повреди одредби о минималном броју оснивача или одредби о минималном капиталу. У том случају последица повреде одредби није ништавост друштва, већ његов престанак путем правила о принудној ликвидацији.⁴³ Такво опредељење потпуно је у складу

39 Вид. чл. 105 Закона о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 у вези са условима за делимичну ништавост. Више о тој дилеми у српској судској пракси вид. код Б. Станић, 325.

40 V. Edwards, 46. Вид. пара. 12 Пресуде у случају *Marleasing*. Вид. и E. Werlauff, 76; R. Drury, 251; M. Habersack, 100.

41 Разлози ништавости постоје само 1) уколико је изостао оснивачки акт, превентивна контрола оснивања или друге предвиђене формалности; 2) када је предвиђена делатност друштва забрањена или супротна јавном поретку; 3) када оснивачки акт или статут не наводи име друштва, износ појединачних улога, укупан износ уписаног капитала или делатност друштва; 4) у случају повреде одредби о минималном уплаћеном оснивачком капиталу које је предвидело национално право; 5) у случају правне неспособности свих оснивача; 6) када је, супротно одредбама националног права, број оснивача мањи од два. Вид. чл. 12 ст. 1 тач. б) Директиве о ништавости.

42 Вид. чл. 33 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре.

43 Вид. чл. 546 ЗОПД.

са рестриктивним режимом Директиве о ништавости компанијског права ЕУ која даје максимални (али не и минимални) оквир разлога за ништавост.⁴⁴

Недостаци који представљају разлоге за ништавост се односе или на форму оснивачког акта, или на недопуштenu или неморалну делатност привредног друштва која је наведена у оснивачком акту, или на његове најважније елементе (пословно име, улоге, износ основног капитала или претежну делатност), или околност да су сви потписници у време закључења били правно или пословно неспособни.⁴⁵ Иако је изричито предвиђено да се осим наведених разлога за ништавост оснивачки акт не може огласити ништавим по другом основу,⁴⁶ мишљења неких судија наговештавају да се ништавост „ипак може тражити и по другом основу“, што, између осталог, показује и поступање судова у појединим случајевима.⁴⁷ Ипак, сматрамо да за такво проширење јасно ограниченог круга разлога нема места, и да санкционисање других неправилности треба тражити у другим институтима компанијског права.

У наведеним разлозима ништавости, ипак могу да се уоче извесни недостаци. Они се осим наведених проблема о којима је било речи у претходном одељку нарочито односе и на чињеницу да су разлози за ништавост прихваћени махом дословно из одредби Директиве о ништавости, а да се притом није водило рачуна о чињеници да се тај пропис односи само на одређене форме друштва, за које је карактеристична ограничена одговорност.⁴⁸ За разлику од тога, оснивачки акт је према Закону о привредним друштвима конститутивни акт за све форме друштва, укључујући и ортачка и командитна друштва. Ипак, сви разлози ништавости нису прилагођени свим формама (на пример, изостанак правила о основном капиталу друштва такође важи и за ортачко или командитно друштво), док се, са друге стране нигде не помиње могућност ништавости статута код акционарског друштва, као једног од два конститутивна акта те форме (о чему је већ било речи).

Најзад, на овом месту ће само посебна пажња бити посвећена једном од разлога ништавости оснивачког акта који је често био споран у пракси. Ради се о недопуштеној делатности, која се према садашњем тек-

44 Вид. чл. 12 Директиве о ништавости.

45 Чл. 13 ст. 1 ЗОПД.

46 Чл. 13 ст. 2 ЗОПД.

47 Б. Станић, 328.

48 Вид. чл. 1 Директиве о ништавости.

сту закона односи на делатност наведену у оснивачком акту која је супротна принудним прописима или јавном поретку.⁴⁹

Тај услов, дакле, обухвата недопуштену делатност, под чим се подразумева таква делатност коју одређена форма привредног друштва уопште не сме да обавља, а не делатности за које је иначе неопходна дозвола или одобрење који нису дати.⁵⁰ Ипак, то се односи само на обављање делатности али не и њену регистрацију када је она условљена издавањем претходног одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа.⁵¹

Супротна мишљења била су приметна у пракси наших судова, јер се сматрало да злоупотреба иначе дозвољене делатности представља основ предвиђен за ништавост оснивања друштва. Тако је, наиме, Врховни суд Србије исказао своје правно мишљење према коме је „(З)лоупотребом права на оснивање привредног друштва ради изигравања принудних прописа испуњен ... законски основ ... за утврђење ништавости“ оснивачког акта – уговора о оснивању а тиме и регистрације оснивања јер се „...кроз закључење таквог уговора жели постићи циљ супротан јавном поретку и принудним прописима“.⁵² Притом, ранији прописи нису били прецизни у дефинисању овог разлога ништавости, наводећи га као незакониту или делатност супротну јавном интересу.⁵³ Наведено тумачење било је засновано и на примени општих правила облигационог права, према којима се у наведеном случају ништавост оснивачког акта – уговора заснива на недопуштеној каузи, те се применом одредби облигационог права о недопуштеном основу уговор мора поништити.⁵⁴ Дакле, судови су примењивали општа правила облигационог права која се односе на

49 У погледу овог услова и Суд ЕУ је прецизирао да се не ради о стварној – фактичкој делатности друштва, већ само оним делатностима које су наведене у оснивачком или другим актима друштва, а које су забрањене или супротне јавном поретку. Вид. пар. 11-12 пресуде у случају *Marleasing*. Детаљно о том питању, укључујући и другачије интерпретације до доношења пресуде, вид. J. Stuyck, P. Wytinck, „Case C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Judgment of 13 November 1990 (Sixth chamber), not yet reported“, *Common Market Law Review*, vol. 28, 1991, 218 и даље.

50 J. Barbić, 246.

51 Чл. 4 ст. 2 ЗОПД.

52 Правно становиште Врховног суда Србије, Прев. 205/07 од 29. новембра 2007, нав. према: С. Спасић, 333, 336.

53 Чл. 11 ст. 2 тач. 2 ЗОПД 2004.

54 Вид. детаље одлуке пред првостепеним и наведено правно становиште другостепеног суда код: С. Спасић, 335.

уговор у наведеном случају, утврђујући да је стога такав уговор ништав. Позитивно српско право сада прецизира да се ништавост оснивачког акта односи на делатности друштва која се наводи у оснивачком акту, дакле несумњиво је прецизирано да се не односи на фактичку, већ само ону делатност која је наведена у оснивачким актима.⁵⁵

5. Последице ништавости

Ништавост оснивачког акта, без обзира на разлог, не спречава настанак друштва уколико је извршена његова регистрација.⁵⁶ То значи да последица ништавости оснивачког акта није истовремена ништавост друштва, већ разлог за његов престанак у поступку принудне ликвидације.⁵⁷

Ипак, важна околност у регулисању ништавости оснивачког акта представља могућност да се разлог ништавости отклони до закључења главне расправе, иако се према разлозима који могу довести до ништавости оснивачког акта ради о врло озбиљним разлозима, који се према општим правилима грађанског права обично сматрају разлозима због којих правни посао ни не може да настане, па се, сходно томе, не могу ни накнадно уклонити.⁵⁸ Ипак, у упоредном праву, као и код нас је често широк круг разлога за ништавост праћен могућношћу да се неки недостаци исправе и на тај начин избегне ништавост. Наравно, могућност уклањања недостатака постоји за неке – попут изостанка одређених података у оснивачком акту, али не и за све недостатке, под чим се нарочито мисли на недозвољену делатност.⁵⁹ Најчешће подразумева доношење одлуке скупштине или други начин постизања сагласности или одлуке о недостатку оснивачког акта, у зависности о ком је конкретно реч. Могућност да се ништавост избегне услед отклањања недостатака такође подразумева да се не може водити поступак у вези са утврђењем ништавости осни-

55 Чл. 13 ст. 1 тач. 2 ЗОПД. Ипак, и такво решење може се критиковати због значаја који за друштво имају регистровани подаци, поготово у случају несклада са оним подацима које би садржао оснивачки акт. О томе је већ било речи раније.

56 Holger Fleischer, Wulf Goette (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 3: §§53-85, 2. Auflage, C.H.Beck, München, 2016, 883.

57 Вид. чл. 14 ЗОПД.

58 Чл. 14 ст. 2 ЗОПД.

59 Изричито у том правцу говори француско право, које предвиђа да се отклањањем разлога не може поднети тужба за утврђење ништавости, осим у случају недозвољене делатности. Вид. чл. L235-3 француског Трговачког законика.

вачког акта када су неправилности отклоњене до покретања поступка, дакле, нужно је да оне постоје у тренутку подношења тужбе.

Могућност отклањања недостатака је предвиђена до закључења главне расправе. У односу на тај тренутак поједини сматрају да је могуће за то време застати са поступком.⁶⁰ Супротно, будући да то није изричито предвиђено законом, сматра се да нема места за застој поступка применом општих процесних правила, већ могућност да се разлози отклоне постоји само до закључења главне расправе.⁶¹

Најзад, ништавост оснивачког акта изричито није везана ни за какве рокове. Иако је у домаћој пракси било наговештаја да би и на тужбу у случају ништавости оснивачког акта требало применити рокове који су предвиђени за тужбу којом се утврђује ништавост регистрације оснивања друштва, сматрамо да то није исправно.⁶² Ипак, већ је истакнуто да би рокови могли да допринесу успостављању правне сигурности, и да њихово предвиђање није супротно смислу одредби о ништавости. Напротив, будући да се залажемо за примену института ништавости оснивачког акта само у односу на недостатке који га прате приликом оснивања, сматрамо да би у таквом режиму било пожељно увођење одређених рокова.⁶³

60 Б. Станић, 326.

61 Чл. 227 ст. 1 Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014 предвиђа застој поступка само у случају када је то предвиђено законом, што овде није случај. Татјана Матковић Стефановић, „Осврт на поједина питања и дилеме у вези ништавости оснивачког акта и ништавости регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни касациони суд, *Билтен*, бр. 3/2015, 350.

62 О недоумицама у погледу рокова вид. Б. Станић, 328-331. Сматрало се, наиме, да би се утврђењем ништавости оснивачког акта „...заобилазним путем продужава(о) рок за подношење тужбе за утврђење ништавости регистрације оснивања, што је у суштини и крајњи циљ ове врсте тужбе иако то у захтеву није тако наведено“, те је такав приступ сматран правилним. *Ibid.*, 328. То, ипак, стоји у супротности са закључком који јасно истиче да се ради о „два правна основа“ и према различитим условима. *Ibid.*, 331. Исти став који сматра да се на ништавост оснивачког акта примењују рокови за ништавост регистрације оснивања вид. код Т. Матковић Стефановић, 350.

63 Такав приступ карактеристика је режима ништавости друштва у упоредном праву, попут француског, немачког, као и хрватског права, у којима рок за тужбу износи три године. Вид. чл. L235-9 француског Трговачког законика, чл. 275, ст. 3 немачког Закона о акционарским друштвима (*Aktiengesetz*), <https://dejure.org/gesetze/AktG>, 1.2.2017; и чл. 384а ст. 3 хрватског Закона о трговачким друштвима, *Narodne novine*, бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, <https://www.zakon.hr/z/546/Zakon-o-trgova%C4%8Dkim-dru%C5%A1tvima>, 4.3.2017.

Последица утврђења ништавости предвиђена је као покретање поступка принудне ликвидације.⁶⁴ Дакле, друштво не нестаје аутоматски, већ се спроводи поступак престанка друштва, као да је оно ваљано било основано. Такође је посебно истакнуто да ништавост нема дејства на правне послове друштва са савесним трећим лицима. Чланови друштва имају обавезе уплате или уноса улога, као и извршења других обавеза у мери измирења обавеза друштва према трећим савесним лицима, док ортаци и комплементари одговарају према трећима солидарно и неограничено, према општем режиму одговорности за обавезе тих форми друштва.⁶⁵ У упоредном праву се под „трећим лицима“ не могу сматрати ни чланови друштва, нити његови директори.⁶⁶ Дејство ништавости за будуће се сматра последицом примене фикције апсолутне тачности регистра као јавне књиге.⁶⁷

Активна легитимација није посебно одређена у погледу тужбе за утврђење ништавости оснивачког акта. У немачком праву активну легитимацију има сваки члан или акционар друштва без обзира на величину његовог удела, односно број акција у друштву, као и директори и чланови надзорног одбора, док је тужени друштво.⁶⁸ За директоре такво право се сматра да није ограничено вољом осталих чланова органа управљања друштва, те чак и у случају постојања њихове супротне одлуке сваки директор може да поднесе тужбу за утврђење ништавости друштва на основу свог положаја члана органа друштва (дакле не као приватно лице).⁶⁹ Сматрамо да би исто правило могло да се примени и у српском праву. Са друге стране, повериоци друштва не би имало активну легитимацију, будући да друштво у односу на њих постоји не само фактички, већ и правно.⁷⁰

Пасивно легитимисано је друштво чији се оснивачки акт утврђује ништавим. Ипак, домаћи судови доносили су и одлуке у којима су сматрали да је нужно да се тужбеним захтевом обухвате сви оснивачи дру-

64 Чл. 14 ст. 3 ЗОПД. Вид. и чл. 546 ст. 1 тач. 6 ЗОПД.

65 Чл. 14 ст. 4-6 ЗОПД.

66 P. Le Cannu, B. Dondero, 250.

67 Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 95/98 од 7.10.1998, нав. према Б. Станић, 329.

68 Чл. 75 ст. 1 немачког Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung), <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg>, 1.3.2017.

69 Ипак, тужбу подносе у своје име, будући да се ради о особеном „спору унутар органа правног лица“, а не у име друштва. Вид. Adolf Baumbach, Alfred Hueck, *GmbHG*, 20. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, 2083.

70 Такав закључак вид. код: T. von Bodungen, 317.

штва.⁷¹ Такав став, је погрешан, будући да се заснивао на мешовитом карактеру уговора о оснивању као уговора са облигационим и статусним елементима. Ипак, режим ништавости оснивачког акта управо јасно указује да се не ради о уговору на који се примењује општи режим облигационог права, нити има смисла тужити сваког од чланова (оснивача) друштва, нарочито имајући у виду број и могућност променљивости тих лица, те би нарочито код неких форми код којих је уобичајен већи број оснивача такво правило онемогућавало утврђење ништавости.

Последице ништавости оснивачког акта на унутрашње односе исте су као и у односу на трећа лица. У том циљу се на питања судбине тих односа примењује режим престанка друштва путем принудне ликвидације.⁷²

У нашој пракси се поставило и питање везе ништавости оснивачког акта и других повезаних уговора, попут уговора о преносу удела на трећа лица. Такође је овај проблем постављен и у случају ништавости регистрације.⁷³ У случају да се проблем посматра у вези са ништавошћу оснивачког акта, српско право нема изричит одговор, али се према режиму који признаје постојање друштва, и предвиђа обавезну ликвидацију мора прихватити да друштво постоји не само у спољним односима друштва са трећим лицима, већ и у унутрашњим односима, те би ништавост таквих уговора морала посебно да се утврди, нарочито у случају постојања мана воље или несавесности лица на која се односи.

IV Закључак

Систем који се односи на ништавост оснивачког акта и регистрације оснивања, који предвиђа српско право, имао је пре свега циљ да усклади домаће са европским правом. У томе се углавном и успело. Ипак, уколико се систем ништавости у српском праву посматра као део цело-

71 Стога су у једном таквом случају одбили тужбени захтев као неоснован јер је тужбом било као тужени наведено само привредно друштво за чији се оснивачки акт (уговор о оснивању и регистрацији) захтевало утврђење ништавости. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 473/2008 (1) од 5.3.2009, *Судска пракса трговинских судова – Билтен*, бр. 1/2009, доступно у бази *ParagrafLex*.

72 И немачка теорија истиче да су последице ништавости исте у унутрашњим као и у спољним односима, те чланови друштва такође имају права која остварују на основу ликвидације, а не на основу повраћаја у пређашње стање. Вид. А. Ваумбах, А. Нусек, 2091.

73 Б. Станић, 331.

витог система оснивања и контроле привредних друштва, тада је јасно да постојећи систем није обезбедио неопходну правну сигурност.

Напротив, предвиђени систем контроле представља релативно благу заштиту од могућих неправилности приликом оснивања привредног друштва, а установљени режим ништавости не представља заокружену и систематску целину, већ повод за бројне недоумице и изузетно значајна концепцијска разликовања у практичној примени. Притом примена института ништавости у српској пракси не представља крајње средство, већ редован механизам решавања бројних неправилности приликом оснивања привредних друштава. То указује на слабости у систему контроле оснивања. Стога би основни задатак реформе компанијског права у Србији требало да има у виду измене у постојећем систему контроле оснивања привредних друштава.

Осим тога, у српском праву би било пожељно јасније уредити постојећи систем ништавости. Првенствено би га концепцијски требало одредити као ништавост оснивања привредног друштва. Тако дефинисана ништавост би морала да обухвати све пропусте приликом настанка друштва, а притом се не ограничавајући ни на правни основ (оснивачки акт), нити на сам поступак регистрације. Такође би требало да се отклоне недоумице у погледу могућности накнадне ништавости, као и да се јасније санкционишу други недостаци који не доводе до ништавости а постоје приликом оснивања или се појављују накнадно.

Сматрамо да тренутно у српском праву постоје *два одвојена режима* и да међу њима нема места паралелној, ни сходној, ни алтернативној примени услова за утврђење ништавости. Ипак, имајући у виду различиту праксу, треба предвидети или јединствени режим ништавости оснивања, или паралелне системе који ће стајати у јасној међусобној вези.

Режим ништавости мора да има исту последицу: обавезну ликвидацију са дејствима само за будућност. Притом је пожељно да правила која се односе на принудну ликвидацију буду измењена или примењена према постојећим одредбама, будући да се од доношења Закона о привредним друштвима те одредбе и даље не примењују у пракси.⁷⁴ Најзад,

74 Вид. званично обавештење Агенције за привредне регистре, према коме се примена одредби чл. 546-548 ЗОПД које се односе на покретање поступка принудне ликвидације одлаже у складу са Мишљењем Министарства економије и регионалног развоја бр. 011-00-163/2012-06 од 8.6.2012. године. Обавештење је доступно на званичном сајту Агенције www.apr.gov.rs, 1.3.2017.

рокови у којима се утврђује ништавост били би пожељни, ради извесности и сигурности у правном промету.

Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ, PhD
Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

NULLITY OF THE ARTICLES OF INCORPORATION IN SERBIAN COMPANY LAW

Summary

The focus of this paper are provisions related to nullity of the articles of incorporation in Serbian Company Law. The existing regime is analyzed and compared with provisions related to nullity of the registration of the incorporation procedure and their separate function and conditions are underlined. Existing regime of the Serbian Company Law was adopted under the influence of the EU Company Law Directive dealing with the nullity of a company. Nevertheless, although most conditions related to nullity were adopted, their common use in practice is often ambiguous.

This paper points to the existing concerns and problems in practical application of existing solutions. Therefore, the author suggests changes that would contribute to more comprehensive, systematic and clearer regulation of the regime of nullity of the articles of incorporation. However, it is pointed out that the nullity must be the ultimate instrument of protection of the interests of the persons concerned, which is why it is necessary to improve the existing system of control of incorporation and registration of companies.

Key words: *nullity, company, articles of incorporation, registration, control.*

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

ОДГОВОРНОСТ СТИЦАОЦА ЗА ОБАВЕЗЕ ПРЕНОСИОЦА У СЛУЧАЈУ ПРЕНОСА ПРЕДУЗЕЋА*

Резиме

У овом раду аутор анализира одговорност стицаоца за обавезе у вези са предузећем које му је пренето на основу уговора или другог правног посла. Ова одговорност има природу законског приступања дугу, а у Србији је регулисана у оквиру Закона о облигационим односима (чл. 452). Први део рада је уводног карактера и садржи објашњење услова за примену и последица посебног правила о одговорности стицаоца, указујући на њихове особености у односу на општи режим одговорности за обавезе у случају преноса предузећа. Централни део рада је посвећен образложењу сврхе и смисла посебног прописивања одговорности стицаоца за обавезе у вези са пренетим предузећем. У том погледу аутор омогућава увид не само у ставове домаће судске праксе, већ и у достигнућа правне теорије у развијеним земљама, попут Немачке и Аустрије, где се слично правило заснива на тзв. теорији фонда одговорности. Потом је пружена детаљна критика правила о одговорности стицаоца, која је у развијеним правним системима довела до сужавања његовог домена примене, односно његовог потпуног укидања. Имајући у виду да у српском праву наведено правило опстаје упркос оправданој критици, аутор предлаже увођење бројних изузетака којим би се његова примена ограничила само на случајеве када је то нарочито потребно и корисно, с обзиром на одмеравање интереса како поверилаца, тако и самог стицаоца предузећа.

Кључне речи: предузеће, имовинска целина, одговорност за обавезе, законско приступање дугу.

* Рад представља прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ (2017), чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

I Увод

Проблематика директног преноса предузећа (енгл. *asset deal*) се недовољно изучава у српској правној науци. Ипак, такав пренос је неспорно дозвољен и могућ, а у неким ситуацијама чак и више одговара интересима учествујућих страна него пренос читавог привредног друштва кроз статусну промену или преузимање контроле, односно стицање акција или удела. Притом, приликом одмеравања предности и недостатака ове врсте преноса предузећа значајан фактор представља питање одговорности стицаоца за обавезе преносиоца у вези са предузећем.¹ У српском праву поменута одговорност за обавезе у случају преноса предузећа је посредно регулисана Законом о облигационим односима, у оквиру правила о преносу имовинске целине или њеног дела. Сходно тој одредби, у случају уговорног преноса неке имовинске целине или дела имовинске целине, стицалац по самом закону солидарно са преносиоцем одговара за обавезе које се односе на ту целину или њен део.² Управо предузеће представља *par excellence* пример једне такве имовинске целине, односно њеног дела у смислу поменуте законске одредбе.³ Према томе, када се уговором преноси предузеће у нашем праву стицалац солидарно са преносиоцем одговара за обавезе које се тичу пренетог предузећа. Наведена одговорност стицаоца се квалификује као његово законско приступање дугу преносиоца.⁴ Она је *ipso iure* лимитирана до вредности пренете активе, а у односу на повериоце не може да буде додатно ограничена, нити искључена.⁵

Српско правило о одговорности стицаоца за обавезе преносиоца у вези са пренетом имовинском целином је готово идентично некадашњем правилу немачког Грађанског законика, које је уређивало одговорност по

1 Andreas Zahradnik, Barbara Cervenka, „Austria“, у: Gero Pfeiffer, Sven Timmerbeil, Frederik Johannesdotter (eds.), *International Asset Transfer: An Overview of the Main Jurisdictions – A Practitioner’s Handbook*, De Gruyter Recht, Berlin 2010, 45.

2 Закон о облигационим односима – ЗОО, *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. 452 ст. 1.

3 Поређења ради, хрватски Закон о облигационим односима изричито наводи предузеће као пример имовинске целине у смислу овог правила. Вид.: хрватски Закон о obveznim odnosima, *Narodne novine*, бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, чл. 102 ст. 1; Jakša Barbić, *Pravo društava, Knjiga prva, Opći dio*, 3. izdanje, Organizator, Zagreb 2008, 280.

4 Heinz Krejci, *Handelsrecht*, 3. Auflage, Manz, Wien 2005, 129; упор.: Claus-Wilhelm Canaris, *Handelsrecht*, 24. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006, 112.

5 ЗОО, чл. 452 ст. 1 и 2.

основу преузимања имовине (нем. *Haftung aus Vermögensübernahme*).⁶ Истовремено, оно је изразито слично важећој одредби аустријског Општег грађанског законика, која регулише исто питање.⁷ Из тог разлога, достигнућа немачке и аустријске правне теорије у овом погледу могу значајно да допринесу правилнијем разумевању и критичком сагледавању српског правила о одговорности стицаоца, како би се утврдио пожељан правац његовог развоја *de lege ferenda*. Ово је нарочито потребно из угла директног преноса предузећа, будући да је такав начин реорганизације привредних субјеката у савременој српској пракси спутан делом управо због неадекватног законског прописивања неизоставне одговорности стицаоца за све обавезе преносиоца у вези са пренетим предузећем.

II Врсте преноса предузећа у смислу правила о одговорности стицаоца

Правило о одговорности стицаоца у случају преноса имовинске целине или дела имовинске целине није применљиво на све врсте преноса предузећа. Начелно, предузеће може да се пренесе са једног на друго лице на два начина: директно или индиректно. У ситуацији директног преноса предмет уговора између преносиоца и стицаоца су сва права стечена у вези са пословањем датог предузећа и сва имовина која се користи за његово пословање. Насупрот томе, код индиректног преноса предмет уговора између преносиоца и стицаоца није предузеће као такво, већ његов носилац, односно удео у носиоцу (на пример, у привредном друштву), што аутоматски доводи до посредног стицања права на самом предузећу.⁸

Пренос имовинске целине или њеног дела у смислу Закона о облигационим односима се тиче искључиво ситуација када је предмет

6 Немачки BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), § 419 a. F.: „(1) Übernimmt Jemand durch Vertrag das Vermögen eines Anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen.

(2) Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Beruft sich der Übernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung.

(3) Die Haftung des Übernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden.“

7 Аустријски ABGB (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), § 1409.

8 C.-W. Canaris, 143.

преноса предузеће као такво, односно имовина која га чини (тзв. директан пренос). Додуше, пренос предузећа у случају статусне промене као врсте индиректног преноса, такође, доводи до преноса имовинске целине или њеног дела са друштва преносиоца на друштво стицаоца. Међутим, свака статусна промена подразумева универзалну сукцесију стицаоца у погледу свих права и обавеза које се тичу пренете имовинске целине, односно њеног дела,⁹ те из тог разлога овде није потребно посебно правило о одговорности стицаоца за обавезе преносиоца у вези са пренетом имовинском целином, будући да се таква одговорност подразумева.¹⁰ Отуда је једино код директног преноса предузећа оправдано регулисати питање одговорности стицаоца за обавезе преносиоца у вези са тим предузећем, с обзиром на то да само такав пренос почива на сингуларној сукцесији.¹¹ То значи да ће овде, у недостатку посебних правила, на стицаоца бити пренета само она права и оне обавезе које су уговорене као предмет преноса, али не и сва остала, унапред непозната, неидентификована или нежељена, права и обавезе.

Из изложеног произлази да је примена правила о одговорности стицаоца за обавезе преносиоца из Закона о облигационим односима смислена само у случају директног преноса предузећа, док нема посебан домаћај код индиректних преноса. Разлог се огледа у чињеници да индиректан пренос свакако води универзалној сукцесији (правном следбеништву) стицаоца у погледу свих права и обавеза преносиоца у вези са пренетим предузећем, што чини сувишним било какво додатно правило о одговорности за обавезе. Стога ће се у овом раду израз „пренос предузећа“ надаље користити искључиво у значењу директног преноса предузећа, односно непосредног преноса имовине која чини дато предузеће.

9 Н. Крејци, 125; Ј. Барбић, 238. То произлази и из релевантних одредби Закона о привредним друштвима према којима се код статусне промене на друштво стицаоца преноси имовина и обавезе (у смислу припадајућих обавеза). Вид.: Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 483 ст. 1, чл. 486 и 487, чл. 488 ст. 1, чл. 489 ст. 1.

10 Упор.: Reinhold Weber, „§ 419“, *Das Bürgerliche Gesetzbuch – Kommentar, Band II, 2. Teil, §§ 414 – 610* (bearb. von Werner Ballhaus, Wolfgang Gelhaar, Heinrich Kessler, Hans-Robert Mezger, Reinhold Weber), 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York 1978, 45; Ј. Барбић, 280 и 281.

11 Упор.: Ј. Барбић, 238 и 281.

III Одговорност за обавезе преносиоца у вези са предузећем у недостатку посебних правила

Када не би постојала посебна правила о одговорности стицаоца за обавезе преносиоца у вези са пренетим предузећем, то питање би се решавало у складу са општим правилима облигационог права. Према тим правилима, у овом погледу треба разликовати однос између преносиоца и стицаоца (тзв. интерни однос) од односа између стицаоца (односно преносиоца) и поверилаца преносиоца (тзв. спољни однос). У интерном односу између преносиоца и стицаоца одговорност за обавезе у вези са пренетим предузећем се уређује њиховим уговором који је правни основ преноса предузећа. Тим уговором стицалац може изричито или прећутно да прихвати и пренос обавеза које су настале у вези са пословањем предузећа. У случају изричитог прихватања обавеза стицалац ће бити дужан да сноси терет испуњења оних (одређених) обавеза које су изричито обухваћене његовим споразумом са преносиоцем. Према томе, чак и ако преносилац испуни дату обавезу према повериоцу, он ће на основу оваквог споразума имати право да се у потпуности регресира од стицаоца предузећа.

Са друге стране, ако обавезе настале у вези са пословањем предузећа нису преузете изричито, могуће је да се тумачењем уговора о преносу предузећа закључи да је то ипак у складу са заједничком намером уговорних страна. Тада је реч о прећутном прихватању обавеза. Приликом тумачења прећутне заједничке намере у споразуму између преносиоца и стицаоца релевантан показатељ, између осталог, може да буде висина накнаде коју стицалац плаћа као противчинидбу у замену за пренос предузећа.¹² Примера ради, ако је цена купљене имовине предузећа једнака вредности имовине умањеној за износ обавеза, то је снажан аргумент у прилог прећутног прихватања одговорности стицаоца за обавезе преносиоца.¹³ Уз то, прећутно прихватање обавеза предузећа би могло да се изведе из уобичајене праксе која је уговорним странама била позната у моменту закључења уговора. Такав случај ће постојати, на пример, ако се утврди да је у пракси уобичајено да стицалац, који је уговорио са преносиоцем пренос целокупног предузећа, осим активе „купује“ и текуће обавезе у вези са пословањем тог предузећа.¹⁴

12 C.-W. Canaris, 145; упор.: J. Barbić, 282.

13 Упор.: Bernhard Bellinger, Günter Vahl, *Unternehmensbewertung in Theorie und Praxis*, Wiesbaden 1984, 51.

14 Упор.: C.-W. Canaris, 145.

У сваком случају, прећутно преузимање терета одговорности за обавезе преносиоца не може да обухвати обавезе које стицаоцу у моменту уговарања нису биле познате, нити морале бити познате. У том смислу је он заштићен од евентуалних непријатних изненађења, која би наступила када би се након преноса испоставило да је предузеће оптерећено неком крупном обавезом која у потпуности обесмишљава економску оправданост, односно исплативост куповине. Прихватање одговорности за непознате (изненађујуће) обавезе које се односе на пренето предузеће не само да није у складу са интересима и оправданим очекивањима стицаоца, већ не одговара ни реалним очекивањима преносиоца приликом закључења уговора. Наиме, преносилац предузећа свакако не може да очекује да стицалац пристаје да сноси и терет непознатих обавеза које у моменту уговарања није имао у виду, будући да би то за њега значило упуштање у несагледив ризик.¹⁵

Када је у интерном односу стицалац изричито или прећутно пристао да сноси терет обавеза преносиоца у вези са предузећем, поставља се питање да ли такав (интерни) споразум производи (екстерна) правна дејства према повериоцима преносиоца. Другим речима, потребно је утврдити да ли стицалац има право да уместо преносиоца изврши обавезу повериоцу, као и да ли поверилац има право да захтева испуњење од стицаоца, или од преносиоца предузећа, или и од једног и од другог. У одговору на прво питање, поверилац је начелно дужан да прими испуњење обавезе од стицаоца, јер је он треће лице које има правни интерес да обавеза буде испуњена.¹⁶ Што се тиче права повериоца да захтева испуњење од стицаоца и/или преносиоца, одговор зависи од анализе испуњености услова за примену института преузимања дуга, приступања дугу или, барем, преузимања испуњења према општим правилима облигационог права.

Без упуштања у детаљну анализу поменутих правних института, на овом месту је довољно истаћи да је потпуни прелазак обавеза са преносиоца на стицаоца предузећа, у смислу преузимања дуга, могућ једино ако на то пристане сваки поједини поверилац.¹⁷ У супротном ће се споразум између преносиоца и стицаоца по правилу третирати као преузимање испуњења.¹⁸ Изузетно, упркос сагласности повериоца, споразум о пре-

15 C.-W. Canaris, 145.

16 Више вид.: ЗОО, чл. 296.

17 ЗОО, чл. 446 ст. 1.

18 ЗОО, чл. 453.

носу обавеза ће производити дејства приступања дугу, ако је стицалац био презадужен, а конкретан поверилац за то није знао нити морао знати у моменту давања сагласности.¹⁹ Из изложеног произлази да би споразум између преносиоца и стицаоца о преносу обавеза у вези са предузећем према општим правилима у најмању руку имао дејство преузимања испуњења, односно приступања дугу, док би у случају испуњености свих законских услова водио преузимању дуга – дакле, престанку обавезе преносиоца и заснивању обавезе стицаоца према повериоцу.

IV Посебно правило о одговорности стицаоца предузећа

Анализа одговорности стицаоца на основу општих правила облигационог права је показала да стицалац по том режиму никако не би могао да одговара за све обавезе у вези са пренетим предузећем, већ увек само за оне обавезе које је изричито или прећутно преузео приликом закључења уговора о преносу предузећа. То, другим речима, значи да он ни у ком случају не би одговарао за обавезе за које у моменту закључења уговора није знао нити морао знати. Осим тога, стицалац по тим правилима не би стекао директну обавезу према повериоцу преносиоца, ако нису испуњени додатни законски услови који се захтевају за преузимање дуга, односно приступање дугу.²⁰ Описан општи правни режим се према једном схватању, које је очигледно превладало у фази писања Закона о облигационим односима, сматра неоправданим. Из тог разлога је уведено једно посебно правило, по коме стицалац одговара за све обавезе преносиоца у вези са пренетим предузећем по сили закона – независно од воље да те обавезе преузме и независно од свести о њиховом постојању.²¹

Посебно правило о одговорности стицаоца предузећа се тиче искључиво спољног (екстерног) односа између стицаоца, односно преносиоца, и поверилаца. На основу њега се према повериоцима, поред одговорности преносиоца, успоставља солидарна одговорност стицаоца за све обавезе које се односе на дато предузеће. Таква одговорност стицаоца се у ефектима изједначава са приступањем дугу, које је засновано на самом закону (тзв. законско приступање дугу).²² Насупрот томе, интерни

19 ЗОО, чл. 448 ст. 2.

20 Како за преузимање дуга, тако и за приступање дугу, у нашем правном систему се захтева садејство конкретног повериоца, у виду његовог пристанка, односно сагласне изјаве воље. Упор.: ЗОО, чл. 446 ст. 1 и чл. 451.

21 ЗОО, чл. 452.

22 Упор.: J. Barbić, 278.

однос између преносиоца и стицаоца није обухваћен наведеним посебним правилом. Стога су они и надаље слободни да питање одговорности за обавезе уреде уговором о преносу предузећа на другачији начин (на пример, уговарањем да стицалац не прихвата да сноси терет одређених обавеза). У том случају, страна која према њиховом, интерном споразуму не треба да поднесе трошкове испуњења одређених обавеза има право да се од друге стране у потпуности регресира за све што евентуално буде извршила повериоцу.²³

Одговорност стицаоца предузећа настаје *ipso iure* ако су испуњени услови који се тичу: а) начина преноса, б) предмета преноса, и в) обавеза за које стицалац одговара. За разлику од тога, савесност стицаоца у погледу обавеза није релевантна за примену овог правила, нити је потребно да буду испуњени било какви други, додатни услови.

а) *Начин преноса*. Да би стицалац по самом закону приступио дугу преносиоца, законодавац захтева да предузеће на њега буде пренето „на основу уговора“. Међутим, у судској пракси се овај захтев тумачи тако да обухвата стицање на основу било ког правног посла.²⁴ Другим речима, сматра се да пренос предузећа треба да почива на акту воље преносиоца,²⁵ односно на његовој пуноважној изјави воље.²⁶ Захваљујући томе, посебно правило о одговорности стицаоца се примењује и у ситуацији када основ преноса предузећа представља једнострану правни посао (на пример, одлука о оснивању привредног друштва, којом је предвиђено да улог јединог оснивача чини његово предузеће).²⁷ Такво тумачење се образлаже помоћу одредбе Закона о облигационим односима, у складу са којом ње-

23 Упор.: Ј. Barbić, 283.

24 Решење Врховног суда Србије, Прев. 460/2002 од 15.1.2003. године, *Судска пракса трговинских судова*, бр. 2/2003, стр. 209. То може да буде како бестеретан, тако и теретан правни посао. На исти начин је примењивана и некадашња немачка одредба о одговорности стицаоца. Вид.: R. Weber, 41 и 44.

25 Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 2310/99 од 8.12.1999. године, извор: *Paragraf Lex*; Одговор Вишег трговинског суда на питање трговинских судова утврђен на седници Одељења за привредне спорове и Одељења за привредне преступе одржане 30. августа 2002. године, *Судска пракса трговинских судова*, бр. 3/2002, стр. 33.

26 У судској пракси је потврђено да се правило о одговорности стицаоца за обавезе примењује и у случају преноса предузећа у поступку приватизације. Вид.: Решење Апелационог суда у Нишу, Гж. 2397/2015 од 17.3.2016. године, извор: *Paragraf Lex*.

27 Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 2310/99 од 8.12.1999. године, извор: *Paragraf Lex*; Одговор Вишег трговинског суда на питање трговинских судова утврђен на седници Одељења за привредне спорове и Одељења за привредне преступе одржане 30. августа 2002. године, *Судска пракса трговинских судова*, бр. 3/2002, стр. 33.

гова правила о уговорима сходно важе и за друге (тј. једностране) правне послове.²⁸

б) *Предмет преноса*. Стицалац ће постати одговоран за обавезе преносиоца, ако је на њега пренета имовинска целина или део имовинске целине. Судска пракса појам имовинске целине, односно њеног дела, тумачи изразито широко. Отуда се овај захтев сматра испуњеним не само у случају преноса знатног дела имовине преносиоца, већ и у случају преноса само једне његове непокретности (на пример, пословног простора).²⁹ Имајући у виду наведено широко тумачење, јасно је да предузеће као предмет преноса свакако јесте обухваћено посебним правилом о одговорности стицаоца. Штавише, чак и пренос једног дела предузећа потпада под појам имовинске целине, односно њеног дела, према описаном широком схватању. Ипак, став судске праксе да се продаја једне непокретности, такође, квалификује као пренос дела имовинске целине, отвара проблем утврђивања граница домена примене правила о одговорности стицаоца. Овај проблем је нарочито изражен у ситуацији када се продаје имовина која чини само део предузећа, али није посебна организациона, нити економска целина унутар тог предузећа.

в) *Обавезе за које стицалац одговара*. Одговорност стицаоца настаје само у погледу оних обавеза преносиоца, које се односе на пренету имовинску целину, односно њен део.³⁰ Према томе, да би дошло до приступања дугу од стране стицаоца неопходно је утврдити везу између конкретне обавезе и предузећа које је предмет преноса.³¹ Веза у смислу наведеног услова постоји ако је одређена обавеза преносиоца последица пословања датог предузећа, односно повезана са остварењем сврхе предузећа.³² Из тога произлази да обавезе преносиоца којима приступа стичалац

28 ЗОО, чл. 25 ст. 3; Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 2310/99 од 8.12.1999. године, извор: *Paragraf Lex*.

29 Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж. 4513/2000 од 19.7.2000. године, извор: *Paragraf Lex*. За разлику од тога у немачком праву се, пре укидања овог правила, сматрало да пренос само појединих делова имовине, који не чине сву или готово сву имовину преносиоца, не потпада под његов домен примене. Вид.: R. Weber, 44.

30 Н. Krejci, 130.

31 Упор.: Решење Вишег трговинског суда, Пж. 11105/2005(2) од 16.1.2006. године, *Судска пракса трговинских судова – Билтен*, бр. 1/2006, стр. 89.

32 Arno Brauneis, „Characteristics of Asset Deals in Austrian Law“, у: Dennis Campbell, *Mergers and Acquisitions in Europe: Selected Issues and Jurisdictions*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2011, 16; J. Barbić, 281; упор.: Н. Krejci, 130. Примера ради, у домаћој судској пракси је истакнуто да таква веза постоји између пословног простора (као имовинске целине) и

предузећа могу да буду не само уговорне, него и вануговорне природе,³³ под претпоставком да је установљена њихова веза са пренетим предузећем. Овакво тумачење се образлаже аргументом да посебно прописана одговорност стицаоца није одговорност по основу поверења, јер је потпуно независна од тога да ли се поверилац приликом настанка облигационог односа са преносиоцем предузећа поуздао у његову способност да испуни обавезу.³⁴ Стога, стицалац предузећа по самом закону приступа чак и дуговима преносиоца, који проистичу из проузроковања штете, стицања без основа, и сл.³⁵

Поставља се питање да ли стицалац предузећа приступа и обавезама преносиоца, које су управноправне (административноправне) природе. У том погледу је неспорно да Закон о облигационим односима регулише искључиво приватноправне односе између преносиоца, односно стицаоца, и поверилаца. Међутим, примена његовог посебног правила о одговорности стицаоца предузећа по аналогiji може да се прошири и на административне обавезе, под условом да оне нису строго личне природе, већ да могу бити испуњене и од стране неког трећег лица, а не само главног дужника.³⁶ Оправдање за примену аналогije се проналази у чињеници да повериоци неког административног потраживања нису ништа мање вредни заштите од ималаца приватноправних захтева (на пример, деликтних захтева).³⁷

Најзад, у случају испуњености свих изложених услова, стицалац предузећа ће одговарати солидарно са преносиоцем само за оне обавезе које су настале до момента преноса предузећа.³⁸ Отуда је за одговорност стицаоца нужно да обавеза буде утемељена већ у том тренутку.³⁹ Насу-

обавезе накнаде трошкова адаптације тог простора. Више вид.: Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж. 4513/2000 од 19.7.2000. године, извор: *Paragraf Lex*.

33 Н. Krejci, 130.

34 Heinrich de Wall, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht – dargestellt anhand der privatrechtlichen Regeln über Rechtsgeschäfte und anhand des Allgemeinen Schuldrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, 514.

35 R. Weber, 59; H. de Wall, 514; A. Zahradnik, B. Cervenka, 45; J. Barbić, 282.

36 Упор.: Н. de Wall, 515; R. Weber, 59 и 60; J. Barbić, 282; Н. Krejci, 130.

37 Н. de Wall, 515.

38 А. Brauneis, 16; више вид.: R. Weber, 58 и 59.

39 Из тог разлога се одговорност односи и на обавезе које су оптерећене одложним или раскидним условом. Вид.: Н. Krejci, 130.

прот томе, није од значаја да ли је обавеза преносиоца у моменту преноса предузећа и доспела.⁴⁰

г) *Ирелевантност савесности стицаоца*. Имајући у виду да Закон о облигационим односима не помиње несавесност стицаоца предузећа као услов за заснивање одговорности, судска пракса је стала на становиште да је утврђивање те чињенице ирелевантно за његово приступање дугу преносиоца. Следствено томе, до приступања дугу ће доћи чак и у погледу оних обавеза за које стицалац у моменту преноса предузећа није знао нити морао знати. Другим речима, он по сили закона може да буде оптерећен и потпуно изненађујућим, крупним обавезама, које би га свакако одвратиле од куповине предузећа да су му биле познате у том тренутку. У таквој ситуацији, стицалац би евентуално могао да захтева поништај уговора о преносу предузећа по основу битне заблуде, односно преваре. Битна заблуда би се огледала у томе да стицалац није знао за постојање одређене значајне обавезе којом је предузеће оптерећено, јер да је за њу знао, не би закључио уговор о преносу предузећа уопште или, барем, не са истом садржином.⁴¹ За разлику од тога, превара би се састојала у томе да је преносилац прећутао постојање одређене обавезе у вези са предузећем или је тврдио да таква обавеза не постоји, у намери да наведе стицаоца на закључење уговора о преносу предузећа.⁴²

С обзиром на то да поништај уговора има ретроактивно дејство (*ex tunc*),⁴³ у случају успешног доказа битне заблуде, односно преваре би се сматрало да до преноса предузећа није ни дошло, захваљујући чему ни одговорност „стицаоца“ за обавезе у вези са предузећем не би настала. Ипак, терет доказа испуњености свих прописаних услова за рушљивост уговора сноси стицалац предузећа, а то је за њега овде нарочито проблематично. Са једне стране, поништај уговора због битне заблуде неће бити могућ ако стицалац приликом закључења уговора о преносу предузећа није поступао са пажњом која се у промету захтева.⁴⁴ У крајњем исходу, то значи да ће стицалац бити солидарно одговоран са преносиоцем за оне обавезе, за које

40 А. Brauneis, 16; R. Weber, 60; Н. Krejci, 130.

41 Упор.: ЗОО, чл. 61 ст. 1. Битна заблуда никако не би могла да се огледа у чињеници да стицалац није знао да ће на основу уговорног преноса предузећа доћи до његовог законског приступања свим (познатим и непознатим) обавезама преносиоца, јер је то законом прописана последица у погледу које важи максима „*ignorantia iuris nocet*“ („непознавање права шкоди“).

42 Упор.: ЗОО, чл. 65 ст. 1.

43 ЗОО, чл. 113 ст. 1.

44 ЗОО, чл. 61 ст. 2.

додуше није знао, али је морао знати. Другим речима, институт битне заблуде омогућава стицаоцу да избегне приступање дугу помоћу поништаја уговора о преносу предузећа само ако се ради о значајним обавезама у вези са предузећем, за које није знао, нити морао знати. Са друге стране, позивање на поништај уговора због преваре је у том смислу једноставније, али истовремено и теже, будући да овде стицалац мора да докаже преварно поступање преносиоца у циљу навођења на закључење уговора.

V Образложење (*ratio legis*) посебног правила о одговорности стицаоца предузећа

У српској правној теорији до сада није пружено адекватно образложење сврхе посебног правила о одговорности стицаоца за обавезе преносиоца предузећа, док судска пракса *ratio* овог правила проналази у следећим аргументима. Прво, сматра се да је имовина на тај начин повезана са обавезама које се на њу односе, да без њих не може да буде пренета. Ово становиште је пронашло свој израз у бројним судским одлукама које говоре о томе да је „имовина оптерећена дуговима“,⁴⁵ због чега „обавезе прате имовину на коју се односе“,⁴⁶ будући да су „обавезе везане за имовинску целину“,⁴⁷ односно да „постоји тесна веза између... имовине и дугова...“, јер су то дугови настали у пословању са том имовином, тако да је логично да имовину прате дугови и да са њом прелазе на новог имаоца“.⁴⁸

Друго, истиче се да би стицање имовине без припадајућих обавеза било противно основним начелима облигационог права, попут начела савесности и поштења, забране злоупотребе права и забране проузроковања штете, имајући у виду да би се тиме омогућило да дужнику остану само обавезе без имовине из које би повериоци могли да се намирују.⁴⁹ Додуше, ова аргументација је истицана у спору у коме је дужник унео знатан део своје имовине без пратећих обавеза као улог у привредно друштво, где заправо никако не може бити речи о кршењу начела савесности и поштења, нити забране злоупотребе права, односно забране проу-

45 Упор.: Ј. Barbić, 278.

46 Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 2310/99 од 8.12.1999. године, извор: *Paragraf Lex*; Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 6725/2004 од 1.10.2004. године, извор: *Paragraf Lex*.

47 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 11105/2005(2) од 16.1.2006. године, *Судска пракса трговинских судова – Билтен*, бр. 1/2006, стр. 89.

48 Решење Врховног суда Србије, Прев. 460/2002 од 15.1.2003. године, *Судска пракса трговинских судова*, бр. 2/2003, стр. 209.

49 Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 2310/99 од 8.12.1999. године, извор: *Paragraf Lex*; Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 6725/2004 од 1.10.2004. године, извор: *Paragraf Lex*.

зроковања штете, јер је дужник на основу описаног преноса имовине заузврат добио удео у привредном друштву, који је исте вредности као и унет улог, и на коме његови повериоци итекако могу да се намирују.

Треће, поједине судске одлуке се у овом погледу позивају на то да би пренос имовине без обавеза био противан правичности. Коначно, у судској пракси је изражен и став да је стицалац неке имовинске целине (на пример, предузећа) дужан да утврди право стање активе (права) и пасиве (обавеза), па не би смело да се допусти да трећа лица (повериоци) трпе штету због његовог евентуалног незнања за постојање одређених обавеза. Према томе, од стицаоца се очекује да у потпуности истражи сва права и све обавезе које се тичу пренетог предузећа, због чега управо он треба да сноси ризик ако то не учини или у томе не успе. У том смислу се стицалац предузећа третира као мање вредан заштите у односу на трећа лица – повериоце.

Насупрот српској правној теорији која је у овој области недовољно развијена, у немачком и аустријском праву је *ratio legis* посебног правила о одговорности стицаоца имовине јасно теоријски утемељен. У наведеним упоредноправним системима се смисао изложеног правила објашњава помоћу тзв. теорије фонда одговорности (нем. *Haftungsfondstheorie*).⁵⁰ Према овој теорији имовина, у смислу свих имовинских права која припадају једном лицу,⁵¹ представља општу гаранцију повериоцима тог лица да ће моћи да намире своја потраживања од њега. Дакле, целокупна имовина дужника чини фонд из кога он одговара својим повериоцима (тзв. фонд одговорности), те у циљу њихове заштите мора начелно да остане очувана као објекат њиховог принудног намирења.⁵² Одатле произлази да је смисао посебног правила о одговорности стицаоца у томе да се заштите повериоци од одузимања фонда одговорности, како би могли да остварују своје право (принудног) намирења.⁵³

50 C.-W. Canaris, 102; H. Krejci, 129.

51 Имовина у правном смислу представља укупност свих права једног лица, која имају новчану вредност. Вид.: B. Bellinger, G. Vahl, 43 и 44; Barbara Dauner-Lieb, *Unternehmen in Sondervermögen*, Mohr Siebeck, Tübingen 1998, 44; Ronny Hauck, *Nießbrauch an Rechten*, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, 268; R. Weber, 47.

52 Упор.: B. Dauner-Lieb, 44; H. Krejci, 129. О заштити поверилаца као основном циљу овог правила вид.: R. Weber, 41.

53 Helmut Koziol, *Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung*, Springer-Verlag, Wien 1991, 107; упор.: R. Weber, 60.

Заступници теорије фонда одговорности истичу да је ситуација преноса целокупне или готово целокупне имовине дужника без пратећих обавеза нарочито ризична за повериоце. Наиме, када би се дужнику дозволило да отуђи сву своју имовину (или скоро сву имовину) без обавеза, његови повериоци би били посебно угрожени.⁵⁴ У случају да је имовина отуђена без накнаде (бестеретно), они би остали празних руку, јер своја потраживања не би могли да намире против таквог дужника (преносиоца). Међутим, ризик постоји чак и у случају отуђења целокупне имовине уз накнаду – на основу теретног правног посла. Овде је проблем у томе што дужник новац, који евентуално добије као противнакнаду за отуђену имовину, може једноставно да потроши или пренесе на неки рачун у иностранству и тако онемогући приступ поверилаца овом једином потенцијалном предмету (принудног) извршења на коме би се намиривали.⁵⁵

Услед свести о посебној ризичности отуђења читаве имовине једног лица без припадајућих обавеза у упоредноправној теорији се развило схватање по коме је целокупна имовина на неки начин повезана са обавезама које су у вези са њом настале, због чега не може тек тако да се потпуно одвоји од њих. Наведено схватање је блиско економском посматрању имовине једног лица као активе која је оптерећена обавезама као пасивом, па без тих терета не може да буде пренета.⁵⁶ У супротном, ако би се дозволио одвојен пренос целокупне имовине или значајног дела имовине без припадајућих обавеза, необезбеђеним повериоцима би остала безвредна потраживања која не могу ни принудним путем да се остваре због недостатка дужникове имовине. У таквој ситуацији повериоци не би били заштићени од слободне одлуке дужника да отуђи сву своју имовину без пратећих обавеза.

Из изложеног се закључује да је у упоредном праву идеја посебног правила о одговорности стицаоца у томе да се забрани отуђење целокупне имовине или значајног дела имовине без припадајућих обавеза. Заговорници овог схватања тврде да дужник нема право да обавезе предузећа раздвоји од активе без садејства поверилаца.⁵⁷ Поједини аутори на темељима изложене теорије у новије време чак говоре о континуитету одговорности као једном од начела пословног права (права предузећа).⁵⁸

54 Н. Koziol, 107.

55 Н. Koziol, 108.

56 Упор.: С.-W. Canaris, 102.

57 С.-W. Canaris, 104.

58 Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln – München 1999, 225 и даље; С.-W. Canaris, 103.

VI Критика правила о одговорности стицаоца

Упркос покушајима да се објасни сврха и смисао правила о одговорности стицаоца за обавезе преносиоца које се односе на имовину пренетог предузећа, у упоредном праву је ово правило изложено оштрој критици. Са једне стране, оно нема одговарајуће економско оправдање. Наиме, могуће је да стицалац купи предузеће и да преносиоцу у целисти плати цену на коју је пристао не знајући за одређене обавезе у вези са пословањем тог предузећа. Нејасно је зашто би у описаном примеру стицалац по сили закона одговарао и за обавезе за које није знао нити морао да зна, и на тај начин сносио ризик плаћања у висини двоструке вредности купљене имовине – прво, по основу плаћања цене предузећа, а затим и по основу испуњења обавеза које терете то предузеће. Додуше, у нашој судској пракси је поводом описаног проблема суд „великодушно“ констатовао да стицалац има право да се регресира од преносиоца, те да његова одговорност у датом случају није неправедна.⁵⁹ Међутим, формално прокламовано право на регрес стицаоцу не вреди ништа, ако је преносилац инсолвентан, односно не може да испуни обавезу. Стицалац ће тада у економском смислу морати да поднесе терет одговорности према повериоцима, иако је формалноправно (само теоријски) могао да тај терет превали на преносиоца предузећа.⁶⁰

Правило о одговорности стицаоца је неоправдано и из угла поверилаца, поготово у ситуацији када је преносилац предузећа био презадужен или уопште лошег финансијског стања. Тада, одговорност стицаоца представља својеврстан „поклон“ повериоцима чија су потраживања пре преноса предузећа била безвредна, док након тога постају остварива против новог (додатног) дужника, који је по правилу солвентан.⁶¹ Уз то, аргумент да је посебно правило о одговорности стицаоца потребно, јер су повериоци у случају преноса целе или готово целе имовине преносиоца нарочито угрожени, није увек тачна, имајући у виду да преносилац након преноса предузећа некада може да из својих текућих примања настави да измирује обавезе према повериоцима,⁶² а ако је пренос извршен уз накнаду, онда то може да чини и из добијене противвредности предузећа. Тада

59 Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж. 4513/2000 од 19.7.2000. године, извор: *Paragraf Lex*.

60 У упоредном праву се истиче да се одговорност стицаоца најчешће и користи онда када преносилац није добродоносник. Више вид.: С.-W. Canaris, 99.

61 С.-W. Canaris, 105.

62 Н. Koziol, 107.

се повериоци путем дуплирања фонда одговорности неоправдано ста-вљају у бољи положај од оног који су имали пре преноса имовине.⁶³

Са друге стране, *ratio legis* правила о одговорности стицаоца је неоправдан и из правног угла. Тврдња да постоји нека мистична веза између имовине и припадајућих обавеза напросто није тачна.⁶⁴ Неспорно је да права и обавезе неког лица у правном смислу нису повезани, осим у случају успостављања неког стварноправног средства обезбеђења потраживања (на пример, залог, хипотеке, и сл.). У супротном се губи јасна разлика између необезбеђених и обезбеђених поверилаца, будући да се и необезбеђеним повериоцима даје право намирења, које је везано за одређену имовину дужника.⁶⁵ Овај проблем је додатно потенциран чињеницом да у српском праву одговорност стицаоца наступа и код преноса само једног дела имовинске целине, који може да чини и само једна ствар (на пример, једна непокретност).

С обзиром на то да имовину чине имовинска права, потпуно је ирелевантно које су врсте тих права, тј. да ли се имовина састоји из потраживања, права својине на непокретности, покретној ствари или готовом новцу. Врста права која чине имовину је само питање структуре имовине. Отуда, када једно лице отуђи своју имовину на основу теретног правног посла, па заузврат добије противнакнаду у новцу или удео у привредном друштву, правно посматрано, он и даље има имовину исте вредности из које његови повериоци могу да се намирују.⁶⁶ Штавише, чак и само неизмирено потраживање против стицаоца за плаћање цене предузећа чини имовину преносиоца, на којој његови повериоци могу да се принудно намирују.⁶⁷ Не постоји разлог због кога би се повериоцима у таквој ситуацији дало додатно право намирења директно против стицаоца.

Заговорници одговорности стицаоца истичу да овде кључни разлог представља бојазан да ће преносилац отуђити противнакнаду и тако онемогућити повериоце да је користе за намирење.⁶⁸ Осим тога, сматра се да је наступање ове одговорности нарочито оправдано у ситуацији преноса

63 Н. Koziol, 107.

64 С.-W. Canaris, 104.

65 У немачкој правној теорији је, стога, посебно наглашавано да одговорност стицаоца нема за циљ да повериоцима пружи додатно средство обезбеђења потраживања. Вид.: R. Weber, 60.

66 Упор.: Н. Koziol, 108.

67 Овде би поверилац захтевао извршење на потраживању извршног дужника. Вид.: Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016, чл. 256 и 327.

68 Н. Koziol, 108.

имовине без накнаде (бестеретног преноса), када повериоцима преносиоца не остаје никаква имовинска вредност на којој би могли да се намирују.⁶⁹ Међутим, таква аргументација занемарује чињеницу да већ постоје развијени правни механизми заштите поверилаца у случају да дужник отуђи своју имовину како би њих изиграо (на пример, то учини без накнаде, или одмах располаже са противнакнадом у новцу тако да она њима више није доступна). Реч је о стечајноправном институту побијања правних радњи стечајног дужника (тзв. паулијанска тужба, *actio Pauliana*).⁷⁰ Према томе, ако дужник (преносилац предузећа) располаже својом имовином на тај начин да неоправдано оштећује повериоце, па услед тога није у могућности да у потпуности испуни своје доспеле обавезе према њима, повериоци могу његову радњу располагања да побијају у стечају, како би она постала без дејства према стечајној маси. Помоћу овог правног института се постиже адекватна заштита поверилаца управо у оним проблематичним ситуацијама које правило о одговорности стицаоца настоји да реши.

Из тог разлога, повериоцима није потребна додатна заштита путем одговорности стицаоца, поврх могућности побијања правних радњи стечајног дужника.⁷¹ Чињеница је да повериоце не треба посебно штитити када је њихов главни дужник солвентан, те могу да остваре наплату од њега.⁷² Стога, за такву ситуацију није неопходно регулисати одговорност стицаоца за обавезе главног дужника као преносиоца предузећа, будући да повериоци нису нарочито угрожени. Одатле произлази да је додатна заштита поверилаца нужна само када је њихов главни дужник (преносилац предузећа) инсолвентан, па након преноса предузећа више не може у потпуности да испуњава своје обавезе. Ипак, ова заштита је већ пружена детаљним правилима стечајног права о побијању правних радњи, на основу којих ће стицалац бити дужан да у стечајну масу врати имовину коју је стекао од стечајног дужника (преносиоца).⁷³ У овом случају, заштита поверилаца преко правила о одговорности стицаоца не само да би била прекомерна,⁷⁴ већ би била и неоправдана из угла начела равномерног намирења поверилаца, на коме почива логика банкротства.

69 Упор.: Н. Koziol, 108.

70 Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, чл. 119-130.

71 Упор.: С.-W. Canaris, 104.

72 Упор.: Н. Koziol, 107.

73 Закон о стечају, чл. 130 ст. 1.

74 Н. Koziol, 107.

Наиме, ако би се дозволило да се само један или неколицина поверилаца директно намири од стицаоца до висине вредности пренете имовине стечајног дужника, то би онемогућило остале повериоце да побијају правну радњу отуђења имовине.⁷⁵ Разлог се огледа у чињеници да су побијање и одговорност стицаоца правни институти који се узајамно искључују, због чега повериоци против стицаоца могу да користе алтернативно, или један или други основ одговорности (тзв. алтернативна конкуренција захтева).⁷⁶ Наведени закључак почива на директној супротстављености последица побијања правне радње отуђења имовине, са једне стране, и услова одговорности стицаоца, са друге, имајући у виду да услед побијања пренос имовине не производи правна дејства у односу на стечајну масу,⁷⁷ а самим тим ни у односу на повериоце, док је пуноважан пренос *conditio sine qua non* одговорности стицаоца за обавезе преносиоца као стечајног дужника.⁷⁸

На основу изложених аргумената у новијој правној теорији се истиче да је заштита поверилаца преко правила стечајног права о побијању правне радње уговорног преноса имовине (на пример, предузећа) довољна, те да поред ње није потребно и правило о аутоматској, неизоставној одговорности стицаоца за обавезе преносиоца предузећа. Другим речима, сматра се да стечајно побијање представља одговарајуће средство заштите поверилаца од располагања имовином дужника, услед чега нема потребе за увођењем препрека против раздвајања активе и пасиве, које су правно и економски тешко објашњиве.⁷⁹ Отуда је у Немачкој 1999. године, након увођења адекватне стечајноправне заштите поверилаца, укинута правило Грађанског законика о одговорности стицаоца, које је било готово истоветне садржине као важеће српско решење. За разлику од тога, у Аустрији је слично правило задржано, али са битно суженим доменом примене.⁸⁰

VII Неопходност сужавања домена примене правила о одговорности стицаоца за обавезе предузећа

Оправдана критика правила о одговорности стицаоца за све обавезе преносиоца у вези са предузећем, која наступа *ipso iure*, указује на

75 Упор.: Н. Koziol, 109.

76 Н. Koziol, 109.

77 Закон о стечају, чл. 130 ст. 1.

78 Н. Koziol, 109.

79 С.-W. Canaris, 104.

80 Н. Koziol, 109.

потребу за његовим озбиљним преиспитивањем. У том смислу постоје аргументи у прилог потпуном укидању овог правила, као што је учињено у немачком праву, или барем у прилог сужавања домена његове примене, за шта се определило аустријско право. Чини се да у Србији тренутно није реално очекивати напуштање правила о одговорности стицаоца, посебно имајући у виду српску правну теорију и судску праксу, у којој још увек није развијено критичко сагледавање постојећег решења. Отуда би као алтернатива укидању овог правила морали макар да се установе изузеци којима би се сузио његов домен примене.⁸¹ У недостатку законодавне интервенције у овом погледу, судови су ти који би уз помоћ правне теорије требало да установе ситуације када правило о одговорности стицаоца не би било применљиво. Уосталом, тако је учињено и у Аустрији, где закон прописује једино савесност стицаоца као изузетак, док је судска пракса заједно са теоријом додатно развила бројне друге изузетке од домена примене.

Сваки од изузетака прихваћених у упоредном праву почива на две премисе. Прво, повериоци преносиоца предузећа су већ у великој мери заштићени стечајноправним правилима о побијању правних радњи, па је одговорност стицаоца потребно задржати само у уском кругу случајева, када постојећа стечајноправна заштита није довољна или адекватна. Друго, повериоце треба додатно заштитити прописивањем одговорности стицаоца само ако више заслужују заштиту у односу на њега, што се утврђује путем одмеравања њихових интереса у датом случају.⁸² На темељу изнетих полазних претпоставки у упоредном праву су установљени следећи изузеци од домена примене правила о одговорности стицаоца.

1. *Пренос целокупне имовине или њеног значајног дела.* У упоредном праву, одговорност стицаоца за обавезе преносиоца предузећа може да настане једино у случају када је предузеће у моменту преноса чинило сву или готово сву имовину преносиоца.⁸³ Према томе, када, примера ради, предузетник пренесе своје предузеће на неко друго лице, а поред тога има и другу, „приватну“ имовину, не би било оправдано да стицалац по сили закона одговара за његове обавезе у вези са пренетом имовином. Исто важи и у ситуацији када се преноси само део предузећа, под условом да он не чини готово сву имовину привредног субјекта као преносиоца. У том погледу је правило српског Закона о облигационим односима лоше, јер говори о пре-

81 Упор.: Н. Koziol, 109.

82 Упор.: Н. Koziol, 107 и 108.

83 R. Weber, 41, 48 и 52; упор.: Н. Krejci, 130.

носу „имовинске целине“ или „дела имовинске целине“, што језичким тумачењем никако не значи пренос „целокупне имовине“, нити „значајног дела имовине“. Пошто српско решење не одговара сврси и смислу увођења овог правила у развијеним правним системима из којих је преузето, тумачењем би га требало ограничити у складу са наведеним изузетком. Следствено томе, „имовинску целину“ би требало тумачити тако да означава „целокупну имовину“ преносиоца, а „део имовинске целине“ тако да подразумева „значајни део целокупне имовине“ преносиоца.

2. *Савесност стицаоца*. У аустријском Општем грађанском закону је изричито прописано да стицалац не одговара за обавезе преносиоца, за које у моменту преноса није знао нити морао знати.⁸⁴ На овај начин се штити савестан стицалац од непријатних изненађења у виду неочекиване одговорности за непознате обавезе у вези са пренетим предузећем. У супротном би због несагледивости ризика стицаоци често одустајали од закључења уговора о преносу предузећа, чиме би се битно ограничиле могућности реорганизације привредних субјеката. Несавесност стицаоца начелно мора да докаже поверилац који се позива на овај основ одговорности. Међутим, када је стицалац лице блиско повезано са преносиоцем (на пример, његов близак рођак), у аустријском праву се несавесност претпоставља, чиме се на њега пребацује терет доказа сопствене савесности (да није знао, нити морао знати за конкретну обавезу).⁸⁵ У српском праву до сада савесност стицаоца није третирана као услов за одговорност стицаоца, а ни као разлог за његово ослобођење од одговорности. Штавише, у појединим судским пресудама се истиче да стицалац у сваком случају мора да утврди право стање активе и пасиве, те да његово незнање за постојање дуга не сме да буде на штету поверилаца.⁸⁶ Из тога је јасно да наши судови третирају савесност стицаоца као ирелевантну околност. Стога је у овом погледу потребан потпуни заокрет, којим би се савесност стицаоца прихватила као изузетак од примене правила о његовој одговорности.

У Немачкој је судска пракса развила још један изузетак од примене правила о одговорности стицаоца, који почива на утврђивању његове савесности. Наиме, када се преноси само један предмет имовине преносиоца (на пример, једна непокретност), сматрало се да стицалац

84 Н. Krejci, 129; А. Brauneis, 16; Н. Koziol, 107; упор.: А. Zahradnik, В. Cervenka, 45.

85 Н. Krejci, 129; А. Brauneis, 16.

86 Решење Врховног суда Србије, Прев. 460/2002 од 15.1.2003. године, *Судска пракса трговинских судова*, бр. 2/2003, стр. 209.

не треба да одговара за обавезе ако није знао да тај предмет чини сву или готово сву имовину преносиоца.⁸⁷ Терет доказа несавесности стицаоца у овом случају је сносио поверилац.⁸⁸ Наравно да овај изузетак у српском праву може да се уведе једино ако се прихвати ограничење домена примене посебног правила о одговорности стицаоца на пренос целе или скоро целе имовине преносиоца.

3. *Плаћена противнакнада у корист поверилаца.* С обзиром на то да се *ratio* правила о одговорности стицаоца огледа у заштити поверилаца преносиоца од одузимања постојећег фонда одговорности, оно не би требало да се примењује када је повериоцима очуван приступ том имовинском фонду. Отуда су у Аустрији судови развили изузетак по коме стицалац не одговара, ако је преносиоцу у целости платио противнакнаду која је искоришћена управо за намирење ималаца потраживања у вези са пренетим предузећем.⁸⁹ На тај начин се избегава ризик двоструког плаћања повериоцима од стране стицаоца предузећа. Према овом изузетку, одговорност је искључена не само када стицалац исплатом противнакнаде директно намири повериоце по налогу преносиоца, него и када преносилац сâм искористи примљену противнакнаду за измирење својих обавеза које су повезане са пренетим предузећем.⁹⁰ Захваљујући томе, у аустријском праву стицалац не одговара када купи предузеће у стечају преносиоца или у поступку принудног извршења над преносиоцем,⁹¹ будући да тада плаћена цена неспорно служи за намирење поверилаца преносиоца (стечајног, односно извршног дужника).⁹²

4. *Пренос у поступку принудног намирења или стечаја.* У земљама, попут Србије, које још увек не познају претходно наведени изузетак, неопходно је да се барем прихвати непримена правила о одговорности стицаоца у ситуацији када је предузеће продато у поступку принудног намирења или стечаја.⁹³ Овај изузетак је нарочито значајан за српско право, имајући у виду да важећи Закон о стечају не садржи изричито правило којим искључује одговорност стицаоца за обавезе стечајног дужника у

87 Више вид.: R. Weber, 51.

88 R. Weber, 52.

89 A. Brauneis, 16; A. Zahradnik, B. Cervenka, 45; H. Koziol, 108.

90 A. Zahradnik, B. Cervenka, 45; H. Koziol, 108.

91 A. Brauneis, 17.

92 Упор.: H. Koziol, 108.

93 Непримена правила о одговорности стицаоца у случају преноса имовине у поступку принудног извршења или стечаја је важила и у немачком праву. Вид.: R. Weber, 45.

случају уновчења стечајне масе путем продаје укупне имовине као целине,⁹⁴ а такво правило не постоји ни у Закону о извршењу и обезбеђењу за случај принудног намирења на имовини извршног дужника.

5. *Суштински непромењен фонд одговорности.* Већ је објашњено да се примена правила о одговорности стицаоца на пренос предузећа уз накнаду сматра оправданом због ризика да ће преносилац располагати примљеном противнакнадом (на пример, новцем) и тиме онемогућити повериоце да је користе за намирење својих потраживања. Одатле произлази да законско приступање дугу од стране стицаоца није потребно када прималац за пренос предузећа од стицаоца добије такву противнакнаду која повериоцима пружа исту сигурност у погледу намирења, као и претходна имовина.⁹⁵ Примера ради, у замену за пренету непокретност прималац добије другу непокретност исте вредности.⁹⁶ У таквим ситуацијама фонд одговорности остаје суштински непромењен, јер повериоцима није одузета имовина на којој би могли да се намирују, а није ни умањена њена приступачност и подобност да служи као предмет извршења.⁹⁷

VIII Закључак

Прописивање одговорности стицаоца за обавезе преносиоца у случају уговорног преноса предузећа има одговарајуће оправдање које се у упоредном праву развило под окриљем теорије фонда одговорности. Међутим, претходна анализа је показала да далеко снажнији аргументи говоре против таквог незаобилазног законског приступања дугу преносиоца предузећа. Остављајући по страни бројне конкретне примере неоправданости примене правила о одговорности стицаоца, чини се да кључни разлог против његовог опстанка у неизмењеном облику представља чињеница да су повериоци већ адекватно заштићени од штетних отуђења имовине путем стечајноправних правила о побијању правних радњи стечајног дужника (овде, преносиоца). Стога би, ако се законодавац определи за задржавање овог правила, требало максимално сузити његов домен примене, увођењем великог броја изузетака. Захваљујући томе, одговорност стицаоца би наступала само када је то нарочито по-

94 Закон о стечају, чл. 132 ст. 2. За разлику од тога, када се стечајни дужник продаје као правно лице изричито је предвиђено да ни стечајни дужник, а ни купац (стицалац) не одговарају повериоцима. Вид.: Закон о стечају, чл. 136 ст. 6.

95 Н. Koziol, 108; А. Brauneis, 17; Н. Krejci, 129; упор.: R. Weber, 51.

96 R. Weber, 51; Н. Koziol, 108.

97 Упор.: Н. Krejci, 129.

требно из угла заштите поверилаца, под условом да је стицалац у датој ситуацији мање вредан заштите у поређењу са њима.

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

ASSUMPTION OF LIABILITY BY THE TRANSFEREE WITH REGARD TO THE TRANSFER OF AN UNDERTAKING

Summary

*In this paper the author analyses the assumption of liabilities by the acquirer with regard to a contractual transfer of an undertaking. In Serbian law such liability is prescribed by the Obligation Relations Act (Art. 452), according to which the person who acquires even a part of assets of another person, shall be jointly and severally liable with that other person (the transferor) for the obligations connected with those assets. The first, introductory part of the paper explains the conditions and consequences of application of this rule, with special emphasis on their differences from the general regime of liability for pertinent obligations in case of a transfer of an undertaking. The central part of the paper deals with the rationale behind the specific rule on the assumption of liabilities by the transferee. In this regard, the author presents not only the views expressed in the Serbian judicial practice, but also the current understanding of this issue in developed countries, such as Germany and Austria. In these countries a similar rule is based on the theory that a separate transfer of assets without the pertinent liabilities would endanger the creditors' position, by taking away the funds they could have used for satisfaction of their claims (this is the so-called *Haftungsfondstheorie*). Thereafter, the author critically examines the explained rule on the transferee's assumption of liabilities. In comparative legal systems numerous arguments against such a rule have led to limiting its scope of application, or even its complete abolishment. Bearing in mind that the assumption of liabilities by the transferee still survives in Serbian law, the author recommends introducing a number of exceptions to the rule in order to limit its application only to those cases where it is especially needed and useful, based on the weighing of interests of both the creditors and the acquirer.*

Key words: *undertaking, transfer of assets and liabilities, joint and several liability, acquirer, transferee.*

Др Јелена ЛЕПЕТИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ЗЛАТНЕ АКЦИЈЕ ИЗМЕЂУ ПРИВАТНОГ И ЈАВНОГ ПРАВА У ПРАКСИ СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Аутор у овом раду анализира одлуке Суда правде Европске уније у вези са златним акцијама. Специјална права државе Суд у својим одлукама квалификује као националне/државне мере, наводећи да је реч о механизму којим се одступа од уобичајеног поступања у компанијском праву. Након анализе златних акција као ограничења слободног кретања капитала и/или права настањивања предвиђених Уговором о функционисању Европске уније, аутор се осврће на разлику између поступања државе као регулатора и државе као акционара. На крају, аутор анализира утицај одредаба о основним слободама на систем својинских односа држава чланица. Аутор закључује да није значајно којим инструментима су предвиђене златне акције, већ да ли је држава користила атрибут власти приликом њиховог настанка. Аутор се залаже за примену теста дејства специјалних права на улагаче приликом оцене да ли је реч о ограничењима основних слобода.

Кључне речи: *златне акције, специјална права, слободно кретање капитала, националне мере, државне мере.*

І Постављање проблема

Златне акције су посебна врста акција у власништву државе које држави дају специјална права у приватизованим друштвима. Специјална права омогућавају држави да очува утицај на приватизовано друштво у погледу власничке структуре, односно њене промене или на доношење одлука које спадају у надлежност управе друштва, која могу али и не мо-

рају бити везана за акције.¹ Утицај који држава на тај начин стиче је већи од уобичајеног који би имала према правилима компанијског права.² Типична специјална права се могу поделити на она која представљају директна ограничења улагања у виду квантитативних ограничења стицања акција која се односе на иностране улагаче, квантитативних ограничења стицања значајног капитал учешћа која се односе на све улагаче и обавезна сагласност за стицања капитал учешћа или промену власничке структуре преко одређеног прага, с једне стране, и индиректна ограничење улагања у виду права вета на одређене одлуке, на пример, спајање, располагање имовином велике вредности, затим права именовања чланова управе и других ограничења права гласа акционара, која улагања чине мање примамљивим, с друге стране.³

С обзиром на то да је у случајевима у вези са златним акцијама реч о специјалним правима државе, може се стећи утисак да су златне акције предмет истраживања јавног, а не приватног права. Као аргумент у прилог наведене тврдње може се навести да су златне акције средство државе за очување контроле у приватизованим друштвима.⁴ Такође, у случају када специјална права државе нису везана за акције, није реч о компанијско-правној материји *per se*. С друге стране, постоји више разлога због којих је неспорно да су златне акције предмет интересовања компанијског права. Прво, златне акције су најчешће везане за својство акционара. Друго, правна квалификација златних акција као механизма ограничења основних слобода (слободног кретања капитала и/или права настањивања), које су загарантоване Уговором о функционисању Европске уније (даље: УФЕУ),⁵ може имати последице на све акционаре без обзира на њихов карактер (јавноправни или приватноправни).⁶ Треће, чак и када специјална права државе нису везана за акције, реч је о механизму којим се утиче на пословање друштва, али и улагаче на тржишту капитала, који улагањем постају

1 Извештај који је припремила Оксера за Европску комисију под називом „Специјална права државе у приватизованим компанијама Европске уније: утицај на микроекономију“ (тзв. Оксера извештај), из 2005. године („*Special rights of public authorities in privatised EU companies: the microeconomic impact*”, *Report prepared for the European Commission, November 2005*), *i*.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*, *i*, 15 и 20.

4 Alberto Artés, „Advancing harmonization: Should the ECJ Apply Golden Shares’ Standards to National Company Law?”, *European Business Law Review*, Vol. 20, No. 3/2009, 458.

5 Уговор о функционисању Европске уније (Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ C 326*, 26. 10. 2012, pp. 47–199).

6 A. Artés, 458–459.

акционари. И на крају, четврто, приватизација подразумева „прелазак власништва над привредним субјектом“ из државне у приватну својину, што је такође предмет истраживања компанијског права.

Подела на јавно и приватно право нија апсолутна и све више губи на значају, посебно због потребе сагледавања права као целине.⁷ Ове две сфере често се преплићу, и, што је много важније, надовезују једна на другу. То је случај и када је реч о специјалним правима акционара и о дometу одредаба о слободном кретању капитала на компанијско право држава чланица и држава кандидата за пријем у чланство у Европској унији. Уплив јавног у приватно право, посебно компанијско право, није занемарљив, посебно у случајевима златних акција где је евидентна неједнакост воља државе и приватноправних субјеката. Држава може вршити специјална права и преко приватноправних субјеката, али ни то је не може аболити од чињенице да и тада може бити речи о поступању *iure imperii*.

Да ли се може направити разлика у третману специјалних акција у власништу државе: прво – у контексту приватизације и друго – акција у власништу државе генерално, с једне стране, и акција са специјалним правима акционара приватноправног карактера, с друге стране? Уколико је третман златних акција исти без обзира на начин на који држава поступа – да ли као регулатор или као привредник, поставља се и питање да ли се специјална права свих акционара, и јавноправног и приватноправног карактера, могу схватити као ограничења слободног кретања капитала и/или права настањивања. Случајеви у вези са златним акцијама посебно су осетљиви јер су последице не само правне, већ и политичке и економске. Одлуке Суда правде Европске уније у вези са златним акцијама могу се схватити и као утирање заобилазног пута за увођење принципа једна акција – један глас. На крају, вредно је помена да постоје чак и мишљења да златне акције подривају правила у директивама компанијског права, односно да нису „у духу тих правила“.⁸

7 Вид. више о односу јавног и приватног права у Јелена Лепетић, *Однос компанијског и управног права*, одбрањени преддокторски рад на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд, 2010, 13–18.

8 Тако Gianluca Scarchillo, „Privatizations, Control Devices and Golden Share. The Harmonization Intervention of The European Court of Justice“, *Comparative Law Review*, Vol. 3, No. 2/2012, 11–12. Аутор наводи Другу директиву (данас Директива бр. 30/2012 о усклађивању заштитних механизма које, ради заштите интереса чланова и трећих лица, државе чланице захтевају од привредних друштава у смислу чл. 54, ст. 2 Уговора о функционисању Европске уније, у погледу оснивања привредних друштава, одржања и промене њиховог капитала, с циљем уједначавања тих заштитних механизма – Directive 2012/30/EU of the European Parliament

II Специјална права државе као акционара

Акције представљају серијске хартије од вредности које издаје акционарско друштво.⁹ Појам хартија од вредности (енгл. *securities*) има исто значење у свим директивама Европске уније којима је хармонизовано право тржишта капитала.¹⁰ Посебне врсте акција креирају се за посебне ситуације.¹¹ Једна од посебних врста акција је златна акција (енгл. *golden share* фр. *action spécifique*, нем. „*Goldene Aktien*“) чије се издавање већује за поступак приватизације. Реч је о акцијама које дају специјална/посебна права држави. Уопштено говорећи, према правима које дају, акције се могу поделити на оне које дају редовна и оне које дају специјална права. Прве се називају обичне, а друге преференцијалне акције. На основу те поделе, златне акције би се погрешно могле сврстати у категорију преференцијалних. Наиме, златне акције нису преференцијалне акције, већ посебна врста акција, јер их власник – држава стиче да би утицала на управљање привредним друштвом, док улагачи приликом стицања преференцијалних акција имају у виду економска права која оне дају. Иако и златне и преференцијалне акције дају специјална права акционару у односу на акционаре који су власници обичних акција, основна разлика између њих се састоји у томе што се посебна права које дају преференцијалне акције односе на добит, док се специјална права које дају златне акције односе на утицај на управљање друштвом. Дакле, основна карактеристика златних акција је то што је реч о посебној врсти акција које дају специ-

and of the Council of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, *OJ L 315*, 14. 11. 2012, pp. 74–97), али и правила Треће директиве (данас Директиве бр. 35/2011 о спајањима акционарских друштава – Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies, *OJ L 110*, 29. 4. 2011, pp. 1–11) и Шесте директиве која се односи на поделу акционарских друштава (Sixth Council Directive 82 /891 /EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies, *OJ L 378*, 31. 12. 1982, pp. 47–54), односно право пречег уписа акционара и правила по којима је за доношења одлука о спајању и подели потребна двотрећинска већина на седници скупштине акционара. G. Scarchillo, 12.

9 Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштава*, Београд, 2015, 247.

10 Stefan Grundmann, *European Company Law – Organization, Finance and Capital Market*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2012, 447.

11 Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Београд, 2009, 447.

јална права, омогућавајући њиховом власнику повећани утицај на управљање друштвом у односу на друге акционаре.¹²

Генерално, акције које дају специјална права могу бити у власништву субјеката јавног или приватног права. Само уколико је реч о акцијама у власништву државе, те акције се називају златним акцијама. Дакле, карактеристика златних акција је да су оне у власништву државе или других организација јавноправног карактера. Даље, специјална права могу постојати у свим привредним друштвима, а не само у онима која су приватизована. Имајући у виду одлуке Суда правде Европске уније, златне акције везане су искључиво за приватизована привредна друштва.¹³ Ако држава поседује акције са специјалним правима у вези са повећаним утицајем на управљање друштвом које није претходно приватизовано, није реч о златним акцијама. Да закључимо, када су акције у приватизованом друштву које дају специјална права у вези са утицајем на управљање друштвом у власништву државе, реч је о златним акцијама у ужем смислу.

-
- 12 Јелена Лепетић, „Златне акције у компанијском праву Србије“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012, 166.
- 13 Суд је од 2000. године до данас донео преко петнаест одлука у вези са златним акцијама. Вид. одлуке Суда у следећим случајевима (хронолошки): Комисија против Италије I (*Commission v Italy, Case C-58/99, Judgment of the Court, 23 May 2000*); Комисија против Португала I (*Commission v Portugal, Case C-367/98, Judgment of the Court, 4 June 2002*); Комисија против Француске (*Commission v France Case C-483/99 Judgment of the Court, 4 June 2002*); Комисија против Белгије (*Commission v Belgium, Case C-503/99, Judgment of the Court, 4 June 2002*); Комисија против Шпаније I (*Commission v Spain, Case C-463/00, Judgment of the Court, 13 May 2003*); Комисија против Уједињеног Краљевства (*Commission v United Kingdom, Case C-98/01, Judgment of the Court, 13 May 2003*); Комисија против Италије II (*Commission v Italy, Case C-174/04, Judgment of the Court (First Chamber), 2 June 2005*); Комисија против Холандије (*Commission v Netherlands, Joined Cases C-282/04 and 283/04, Judgment of the Court (First Chamber), 28 September 2006*); Комисија против Немачке I (*Commission v Germany, Case C-112/05, Judgment of the Court (Grand Chamber), 23 October 2007*); Федерконсуматори против Милана (*Federconsumatory and others v Comune di Milano, Joined Cases C-463/04 and C-464/04, Judgment of the Court (First Chamber), 6 December 2007*); Комисија против Шпаније II (*Commission v Spain, Case C-207/07, Judgment of the Court (Third Chamber), 17 July 2008*); Комисија против Италије III (*Commission v Italy, Case C-326/07, Judgment of the Court (Third Chamber), 26 March 2009*); Комисија против Португала II (*Commission v Portugal, Case C-171/08, Judgment of the Court (First Chamber), 8 July 2010*); Комисија против Португала III (*Commission v Portugal, Case C-543/08, Judgment of the Court (First Chamber), 11 November 2010*); Комисија против Португала IV (*Commission v Portugal, Case C-212/09, Judgment of the Court (First Chamber), 10 November 2011*); Комисија против Грчке (*Commission v Greece, Case C-244/11, Judgment of the Court (Fourth Chamber), 8 November 2012*); Комисија против Немачке II (*Commission v Germany, Case C-95/12, Judgment of the Court (Grand Chamber), 22 October 2013*).

Својство златних акција је ограничено временски јер те акције губе специјални статус када престану да буду у власништву државе или других субјеката јавноправног карактера. Дакле, специјална права која дају акције везана су за њеног власника, а не за саму акцију. Специјална права акционара негативно утичу на цену акција друштва у којем постоје.¹⁴ Дакле, с једне стране, цена тих акција је ниска, док је, с друге стране, њихова карактеристика одвраћајући утицај на улагаче, што, економски гледано, не кореспондира једно другом.

Узимајући у обзир да држава може бити улагач на тржишту капитала, као што то могу и субјекти приватног права, специјална права државе могу настати вољом чланова друштва, на пример, уговором чланова или коришћењем атрибута власти, на пример, предвиђањем специјалних права законима, уредбама и другим подзаконским актима. Такође, држава може имати специјална права која нису везана за саме акције у приватизованом привредном друштву. Конкретно, доношење или спровођење одлуке може бити условљено одобрењем које даје држава.¹⁵ У том случају права настају коришћењем атрибута власти државе. Дакле, иако се специјална права државе називају златним акцијама, држава може имати специјална права и у приватизованом друштву чији није акционар. Тада је реч о златним акцијама у ширем смислу. Стога, исправан термин за специјална права државе у приватизованим привредним друштвима у језичком смислу није златна акција, иако је то општеприхваћени појам.

III Специјална права државе као ограничења основних слобода у праву Европске уније

1. Слободно кретање капитала и право настањивања

Хармонизација компанијског права Европске уније на пољу специјалних права акционара може се постићи не само директивама компанијског права, већ и директном применом одредаба о слободном кретању капитала и праву настањивања, имајући у виду да је тржиште корпоративне контроле део унутрашњег тржишта.¹⁶ Наведене слободе предвиђе-

14 Stanislaw Soltysiński, „Golden Shares: Recent Developments in E.C.J. Jurisprudence and Member States Legislation“, *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 – Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Band 2 (Hrsg. Stefan Grundmann et al.), De Gruyter, Berlin – New York, 2010, 2581.

15 A. Artés, 459.

16 Вид. Thomas Papadopoulos „Infringements of Fundamental Freedoms within the EU Market for Corporate Control“, *European Company and Financial Law Review*, Vol 9, No. 2/2012, 230.

не су Уговором о функционисању Европске уније (даље: УФЕУ) – примарно право Европске уније.¹⁷ Слободно кретање капитала предвиђено је у чл. 63 (раније чл. 56, још раније чл. 73б) УФЕУ, односно забрањена су сва ограничења кретања капитала између држава чланица и између држава чланица и трећих држава. Право настањивања, односно забрана ограничења права настањивања држављана једне државе чланице на територији друге регулисана је у чл. 49 УФЕУ (раније чл. 43, још раније 52). Исто право имају и привредна друштва која су основана у складу са прописима неке од држава чланица, која при том у Унији имају регистровано седиште, главну управу или централно место пословања (чл. 54 УФЕУ).¹⁸ Поставља се питање да ли концепт златних акција као посебних права државе представља ограничење слободног кретања капитала и/или права настањивања, односно повреду наведених основних слобода.¹⁹ Суд правде Европске уније најчешће се изјашњавао да у случајевима у вези са златним акцијама није потребно посебно разматрати повреду права настањивања, јер је реч о последици повреде слободног кретања капитала, али је у неким одлукама новијег датума Суд одступио од тог становишта.²⁰ На пример, у случају Комисија против Немачке I, Суд разматра златне акције посебно у контексту слободе настањивања.²¹

Имајући у виду да само кретање капитала није дефинисано у чл. 63 УФЕУ, Суд је у својим одлукама установио праксу да приликом одлучивања у вези са слободним кретањем капитала полази од отворене листе примера кретања капитала која се налази у Анексу I Директиве бр.

17 О изворима права Европске уније вид., на пример, Будимир Кошутећ, *Увод у европско право*, Београд, 2006, 169 и даље.

18 Вид. детаљније на која правна лица се односи ова слобода у Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Београд, 2012, 44.

19 Ово питање је разматрала Европска комисија још 1997. године у документу по називом „Комуникација Комисије у вези са одређеним правним аспектима улагања унутар Европске уније“ (Communication of the Commission on certain legal aspects concerning intra – EU investment, Official Journal of the European Communities, OJ C 220, 19. 7. 1997, pp. 15-18).

20 Вид., на пример, Vladimir Savković, „The Alleged Case of Golden Shares in Montenegro: A Candidate Country’s Experience as an Incentive for Including *Acta Jure Gestionis* within the Range of Restrictions on Free Movement of Capital“, *Review of Central and East European Law*, Vol. 41, No. 2/2016, 119–120.

21 Вид. на пример, Одлуку у случају Комисија против Италије III, пар. 39. Вид. више у Nicola Ruccia, „The New and Shy Approach of the Court of Justice Concerning Golden Shares“, *European Business Law Review*, Vol. 24, No. 2/2013, 282–283.

361/88 за имплементацију чл. 67 Уговора.²² Према номенклатури из Анекса I под кретањем капитала подразумевају се: директна улагања, улагања у непокретности, послови са хартијама од вредности који се редовно обављају на тржишту капитала, послови у вези са јединицама инвестиционих фондова, послови у вези са хартијама од вредности који се редовно обављају на тржишту новца, послови у вези са текућим и депозитним рачунима код финансијских институција, кредити у вези са пословним трансакцијама или пружањем услуга у којима учествује резидент, финансијски зајмови или кредити, обезбеђења, друге гаранције и залога, трансфери приликом извршења уговора о осигурању, лична кретања капитала, стварно уношење и изношење финансијских средстава и друга кретања капитала. Дакле, реч је само о примерима, то јест о отвореној листи. Оно што је посебно значајно за даљу анализу у овом раду је да се под директним улагањима сматрају, између осталог, оснивање привредних друштава или преузимање постојећих друштава од стране једног лица и учествовање у новом или постојећем друштву са циљем успостављања или очувања трајних економских веза. Према Објашњењима из Анекса учествовање у друштву постоји када акционару (физичком или правном лицу) стечене акције омогуће ефективно учествовање у управљању друштвом или његовој контроли. Дакле, директна улагања су она која се чине ради стицање контроле или значајног утицаја на управљање друштвом. Под кретањем капитала подразумевају се не само директна, већ и индиректна (портфолио) улагања. Конкретно, у оквиру послова са хартијама од вредности који се редовно обављају на тржишту капитала, који такође представљају кретања капитала, наведена су и стицања домаћих хартија од вредности, како оних којима се тргује на берзи, тако и оних којима се не тргује на берзи, од стране нерезидената. Да закључимо, свако стицање акција сматра се кретањем капитала. Дакле, уколико је улагачу отежано или онемогућено стицање акција, реч је ограничењу слободног кретања капитала. Директна улагања спадају у оквир и слободног кретања капитала и права настањивања, док се портфолио улагања могу разматрати једино у контексту слободног кретања капитала.²³ С тим у вези, може се поставити и питање да ли специјална права треба схватити као ограничења слободе само када је реч о котираним друштвима или и некотираним друштвима такође? Тумачењем одредаба из Анекса I Ди-

22 Директива бр. 361/88 за имплементацију чл. 67 Уговора (Council Directive of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty 88/361/EEC, OJ L 178, 8. 7. 1988, pp. 5–18). Вид., на пример, Одлуку у случају Комисија против Француске, пар. 36.

23 N. Ruccia, 293.

рективе бр. 361/88 за имплементацију чл. 67 Уговора (о оснивању Европске економске заједнице), може се закључити да се не може направити таква разлика, јер се под кретањем капитала подразумева и стицање акција које се не котирају на берзи.²⁴ С друге стране, котирана друштва су управо она чијим се акцијама тргује на берзама, па различита ограничења могу утицати на прекогранично пословање, што води закључку да у том смислу треба правити разлику према томе да ли је реч о котираним или некотираним друштвима.²⁵ Свака диспропорција капитала и права чини улагање у привредно друштво мање привлачним потенцијалним инвеститорима.²⁶ Треба имати у виду да је принцип аутономије воље ограничен када је реч о јавним друштвима, па да према природи ствари, ограничења треба, пре свега, везати за котирана друштва.

2. Националне мере

Да би утврдио да ли је реч о ограничењу, Суд прво разматра да ли су специјална права национална/државна мера или нису. Национална мера је резултат поступања државе као регулатора. Дакле, националне мере су специјална права државе у приватизованим друштвима предвиђена законима или подзаконским актима. Националне мере могу бити и права предвиђена класичним компанијскоправним актима, на пример, статутом акционарског друштва. Приликом анализирања самог ограничења, Суд се опредељивао према критеријуму да ли ограничења произилазе из уобичајених радњи у компанијском праву.²⁷ Дакле, смисао тог критеријума је да се утврди да је реч о државној мери и ако јесте какав је

24 Тако и А. Artés, 474. За разлику од *Grundaman* и *Möslein*, Artés сматра да је реч о ограничењима и у случају некотираних друштава када се улагач ослони на директни ефекат Директиве бр. 88/361, односно када се улагач ослони на чл. 63 (слободно кретања капитала) и чл. 267 (претходно одлучивање) Уговора о функционисању Европске уније, а да у случајевима Комисије против државе чланице стоји аргумент поменутих аутора да само хипотетички постоји могућност да ограничавајућа правила националног компанијског права спречавају прекогранично улагање када конкретни стварни улагач није идентификован (ако је реч о некотираним друштвима). А. Artés, 474.

25 Stefan Grundmann, Florian Möslein, „Golden Shares – State Control in Privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects“, *Euredia – European Banking and Financial Law Journal*, No. 4/2001–2002, 657.

26 А. Artés, 470.

27 Вид., на пример, одлуке у случајевима: Комисија против Немачке I, пар. 61 и Комисија против Португала III, пар. 52. Вид. и V. Savković, 129 и 155.

њен утицај на слободно кретања капитала.²⁸ Значајно је навести да се питање специјалних права акционара приватноправног карактера, која се често установљавају пре него што друштво постане јавно, односно када постоји намера да нејавно друштво постане јавно, у контексту слободног кретања капитала, није до данас поставило пред Судом.²⁹

Уколико националне мере имају одвраћајући утицај на улагаче реч је о ограничењу слободног кретања капитала.³⁰ Одвраћајући карактер не мора да има свака мера појединачно, већ је довољно и да такав ефекат имају одређене мере посматране заједно.³¹ Национална мера представља ограничење у случају када се њоме спречава или отежава стицање акција у конкретном друштву.³² У сваком случају, приликом утврђивања да ли одређена мера ограничава слободу, требало би применити тест дејства одређене мере на стварне и потенцијалне инвеститоре.³³ Тесту дејства мере може се замерити што нема јасног критеријума по којем се може утврдити који све инструменти могу представљати ограничења слободног кретања капитала и то што је његов домет преширок.³⁴ Аутор овог чланка сматра да сваки акт може представљати ограничење слободног кретања капитала, то јест да сама врста акта није значајна, па да у том смислу тест нема преширок домет. То доводи до питања дејста одредаба УФЕУ о основним слободама на приватноправне субјекте али и на питање одговорности државе која је својим законодавством омогућила приватноправним субјектима да ограниче основне слободе других приватноправних субјеката, што захтева анализу у посебном раду. Тест дејства ограничења је Суд и применио у случајевима Комисија против Немачке I и Комисија против Холандије.³⁵

28 Pekttra Antonaki, „*Keck in Capital? Redefining ‘Restrictions’ in the ‘Golden Shares’ Case Law*“, *Erasmus Law Review*, No. 4/2016, 182.

29 S. Soltysiński, 2581.

30 Вид., на пример, Одлуку у случају Комисија против Португала IV, пар. 48; N. Ruccia, 277.

31 Вид. Одлуку у случају Комисија против Немачке I, пар. 82 и Одлуку у случају Комисија против Немачке II, пар. 38.

32 Вид., на пример, Одлуку у случају Федерконсуматори против Милана, пар. 21.

33 Wolf-Georg Ringe, „*Is Volkswagen the New Centros? Free Movement of Capital’s Impact on Company Law*“, *Corporate Finance Law in the UK and EU* (eds. Dan Prentice, Arad Reisberg), Oxford – New York, 2011, 487.

34 V. Savković, 149.

35 Вид. Одлуку у случају Комисија против Немачке I, пар. 30; Ringe сматра да би тај тест могао објаснити неразјашњене ставове Суда у та два случаја. W.G. Ringe, 487.

У случају Комисија против Велике Британије, држава је тврдила да није реч о мерама предвиђеним законом већ о акцијама које су издате у складу са националним компанијским и уговорним правом, али је Суд установио да ограничење слободе није резултат нормалног пословања у оквиру компанијског права већ да је држава поступала користећи атрибут власти.³⁶ Из одлуке Суда у случају Комисија против Немачке I (случај Фолксваген) произилази да су ограничења у принципу дозвољена када су предвиђена статутом друштва, што није случај када се то чини законом.³⁷ У том спору специјална права државе била су предвиђена законом који је заправо заснован на уговору приватног права. Суд је ту чињеницу уважио, али је навео да закон није могуће променити вољом уговорних страна, па је стога реч о националној мери.³⁸ У случају Комисија против Холандије, специјална права била су предвиђена оснивачким актом и статутом друштва, али је Суд закључио да је реч о националним мерама, јер је њихово доношење било резултат одлука државе у поступку приватизације.³⁹ Од новијих случајева, специјална права била су предвиђена статутом у случају Комисије против Португала III, при чему је одредба која се односила на та права унета у статут у време када је држава била већински акционар (пре краја прве фазе приватизације), што према мишљењу Суда „није резултат уобичајене примене компанијског права“, па је реч о националној мери.⁴⁰ У случају Комисија против Португала IV, Суд правде Европске уније разматрао је уговор акционара у контексту златних акци-

36 Вид. Одлуку у случају Комисија против Велике Британије, пар. 31 и 48; S. Soltysiński, 2576–2577. Редовно пословање компаније (енгл. „*normal course of company’s business*“) се помиње и у Директиви о преузимању, чл. 9, ст. 3.

37 Erik Werlauff, „Safeguards against Takeover after Volkswagen – On the Lawfulness of such Safeguards under Company Law after the European Court’s Decision in ‘Volkswagen’“, *European Business Law Review*, Vol. 20, No. 1/2009, 108–109. Након анализе Одлуке у случају Комисија против Немачке, Werlauff закључује да се када држава поступа *iure gestionis* мора водити рачуна о правилима права конкуренције, да улога акционара мора бити раздвојена од надзорне функције државе и да држава мора вршити права акционара „транспарентно, предвидљиво и објективно“, као и да права државе морају бити пропорционална правима приватних инвеститора – држава не може да има специјална права која јој омогућавају да спречи преузимање. E. Werlauff, 115–117. Аутор овог рада сматра да се из наведене Одлуке не може закључити да држава не може имати специјална права уколико постоји сагласност других акционара, односно када је реч о *acta iure gestionis*.

38 Вид. Одлуку у случају Комисија против Немачке I, пар. 26, 28 и 29.

39 Вид. Одлуку у случају Комисија против Холандије, пар. 22.

40 Вид. Одлуку у случају Комисија против Португала III, пар. 50–53.

ја.⁴¹ Из одлуке Суда не може се закључити да ли сам уговор акционара може представљати националну меру – ограничење кретања капитала или је само реч о средству за остварење права из статута, али се може тврдити да је то корак ка укључењу уговора акционара на листу ограничавајућих мера слободног кретања капитала.⁴² Може се закључити да сама врста акта у којем су предвиђена специјална права није и не треба да буде од пресудног значаја, већ је кључно да ли је држава користила атрибут власти.

3. Оправданост ограничења слобода

Националне мере које спречавају или чине примену слобода мање примамљивом су забрањене уколико нису испуњени одређени услови.⁴³ У чл. 64–66 предвиђени су изузеци од слободног кретања капитала. Према пракси Суда, ограничења кретања капитала су оправдана ако постоје разлози наведени у чл. 65 или због општег интереса.⁴⁴ Да би ограничења била дозвољена, према пракси Суда, мере не смеју да буду дискриминаторне на националној основи, морају бити предвиђене ради заштите јавног интереса и при том одговарајуће и пропорционалне сврси ради које су установљене.⁴⁵ Значајно је нагласити да дискриминаторне мере нису само оне које се односе искључиво на иностране субјекте, који су дакле третирани на мање повољан начин од националних (директна дискриминација), већ и на мере које се односе на све субјекте подједнако али фактички фаворизују домаће субјекте у односу на иностране отежавајући на тај начин примену слобода (индиректна дискриминација).⁴⁶ Другачије речено, забрањена су ограничења слободног кретања капитала која су дискриминаторна према држављанству односно припадности другој држави чланици и она која се не односе директно на држављане других држава чланица, односно привредна друштва која имају припадност другој држави чланици, али која на њих утичу.⁴⁷ Поред поменута четири услова која морају бити испуњена да би ограничење било оправдано и дозвољено, у случају Комисије против Белгије, јављају се још два: 1) одобрење од-

41 V. Savković, 135.

42 Тако *ibid.*, 135 и 137.

43 Mads Andenas, Tilman Gütt, Matthias Pannier, „Free Movement of Capital and National Company Law“, *European Business Law Review*, Vol. 16, No. 4/2005, 767.

44 Вид., на пример, Одлуку у случају Комисија против Немачке I, пар. 72.

45 Вид. V. Savković, 133–134; M. Andenas, T. Gütt, M. Pannier, 771.

46 T. Papadopoulos (2012), 225.

47 M. Andenas, T. Gütt, M. Pannier, 767.

луке од стране државе мора бити накнадно, а не претходно, у случајевима када је предвиђено и 2) мора постојати механизам правне заштите у случају коришћења права вета.⁴⁸ Одлука Суда у случају против Белгије је једина у којој је Суд закључио да су ограничења била оправдана, те да Белгија није повредила одредбе о слободама. Важно је напоменути да одредбе Уговора у вези са дозвољеним ограничењима нису исте када је реч о праву настањивања и слободном кретању капитала, иако се у пракси анализирају на једнак начин.⁴⁹

IV Држава као регулатор *v.* држава као акционар

Ограничења слободног кретања капитала у виду посебних права државе могу бити предвиђена не само законима и подзаконским актима већ и актима друштва, уговорима акционара или другим уговорима у којима је држава једна од уговорних страна.⁵⁰ Дакле, посебна права државе могу бити предвиђена јавноправним инструментима, на пример, законом којим се регулише приватизација када је реч о *acta iure imperii*, које Суд квалификује као националне мере или приватноправним инструментима у којима доминира принцип аутономије воље, на пример, статут друштва, када је реч о *acta iure gestionis*.⁵¹ *Acta iure gestionis* могу, али не морају бити националне мере. Није једноставно утврдити да ли је држава искористила атрибут власти када су посебна права предвиђена класичним приватноправним актима. Другачије речено, неспорно је да држава може искористити атрибут власти, на пример, приликом закључења уговора или промене статута друштва чији је члан. С тог аспекта посматрано, било би једноставније третирати *acta iure gestionis* као механизме ограничења слободног кретања капитала у сваком случају, то јест као да је реч о *acta iure imperii*. Иако је тај приступ једноставнији, то не значи да је и оправдан. Да ли одговарајући третман *acta iure gestionis* треба везати искључиво за приватизацију или он треба да буде исти увек када је реч о држави као акционару? Бројни су разлози због којих држава може стећи акције у привредном друштву, на пример, конверзија потраживања у власнички капитал у поступку реорганизације када држава процени да је за њу боље да стечајни субјект не престане банкротством. У том смислу,

48 Вид. Одлуку у случају Комисија против Белгије, пар. 49 и 51; V. Savković, 134.

49 Wolfgang Schön, „Free Movement of Capital and Freedom of Establishment“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 17, No. 3/2016, 234–235; Вид. УФЕУ, чл. 52 и 65.

50 Вид., на пример, V. Savković, 121.

51 Тако *ibid.*, 129.

може се поставити питање оправданости разликовања случајева када држава поступа *iure gestionis*, односно као акционар у целости или делимично приватизованог друштва, од оних када држава поступа као акционар друштва које је раније било искључиво у власништву приватноправних субјеката или је тек основано. Третман специјалних права државе у контексту приватизације треба да буде различит од третмана специјалних права државе као акционара генерално, јер је према природи ствари већа вероватноћа да ће држава у првом случају (у контексту приватизације) поступати користећи атрибут власти.

Одлуке Суда у вези са златним акцијама углавном се односе на приватизована друштва чија је делатност од општег економског интереса. Самим тим, могло би се закључити да је држава имала интерес који се не састоји искључиво у профиту. Према чл. 106, ст. 2 УФЕУ, одредбе Уговора могу се применити на друштва која обављају делатности од општег економског интереса само уколико се на тај начин не угрожава обављање делатности, што би могло значити да се та одредба односи и на случајеве у вези са златним акцијама.⁵² Златне акције подразумевају сукоб „солидарности националног благостања и економске солидарности“.⁵³ Суд је дао предност концепту економске солидарности на уштрб социјалне.⁵⁴ С друге стране, у случају Комисије против Немачке I и II није било речи о делатности од општег економског интереса.⁵⁵ У том спору, Немачка је безуспешно истицала, између осталог, значај заштите интереса запослених, чија се права и интереси, пре свега, штите у домену јавног права.⁵⁶

Да ли државу, када поступа без коришћења атрибута власти, треба третирати на једнак начин као акционаре приватноправног карактера? Да ли уопште држава може поступати без обзира на атрибут власти? Подозрење у том смислу свакако постоји. Томе у прилог говори чињеница да се на државу примењују строжа правила него када је реч о истим случајевима у којима је приватноправни субјект страна у послу. Првенстве-

52 Вид. одлуке Суда у случајевима: Комисија против Белгије, пар. 34, 54–56, Комисија против Шпаније I, пар. 80 и 81 и Комисија против Португала IV, пар. 95 и 96, у којима су државе навеле тај аргумент, али безуспешно. Вид. више Daniel Gallo, „On the Content and Scope of National and European Solidarity under Free Movement Rules: The Case of Golden Shares and Sovereign Investments“, *European Papers – A Journal on Law and Integration*, Vol. 1, No. 3/2016, 833–838.

53 D. Gallo, 841.

54 *Ibid.*, 845.

55 *Ibid.*, 824–825.

56 Вид. Одлуку у случају Комисија против Немачке I, пар. 74.

но, реч је о посебним обавезама државе у вези са транспарентношћу, понуди и одговорности, односно о правилима којима се регулишу јавне набавке.⁵⁷ Други пример „подозрења” према држави је регулатива државне помоћи у праву Европске уније.⁵⁸ С друге стране, када држава закључи одређени уговор и на њу се примењују правила приватног права. Стога, специјална права која држава има када поступа *iure gestionis* не треба аутоматски третирати као ограничење слободног кретања капитала, односно само на основу јавноправне природе улагача. У Сједињеним Америчким Државама држава може бити улагач равноправно као и приватни инвеститори, што значи да је кључан карактер инвестиције (када држава не поступа као регулатор), а не природа улагача.⁵⁹

Присуство државе као акционара у привредном друштву може чак и охрабрити улагаче да уложе у то друштво. Наиме, то може бити сигнал улагачима да би улагањем у привредно друштво њихова инвестиција била сигурна, односно да је реч о друштву које добро послује, што би подједнако привукло и домаће и стране инвеститоре.⁶⁰ Дакле, требало би применити критеријум суштинског ограничења слободног кретања капитала, по угледу на критеријум који се примењује када је реч о слободи кретања робе (случај *Keck and Mithouard*), на чему је безуспешно инсистирао Португал у спору Комисије против Португала III.⁶¹

С друге стране, може се тврдити да држава не може да поступа као приватни инвеститор, јер увек има дужности према својим грађанима, односно да се држава не може водити искључиво стицањем профита, што представља одступање од уобичајеног поступања у компанијском праву.⁶² Таквом схватању се може замерити то што су правила, иако их је донела држава, једнака за све када она учествује у тржишној утакмици равноправно са другима, а посебно када поступа као улагач изван своје територије.⁶³ Такође, таквом логиком могло би се погрешно закључити и да концепт друштвене одговорности компанија није у складу са уобичајеним поступањем у компанијском праву. У сваком случају, требало би узе-

57 W.G. Ringe, 481.

58 *Ibid.*

59 Larry Catá Baker, „The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law“, *Tulane Law Review*, Vol. 82, No. 5/2008, 1849.

60 Вид. I. Antonaki, 185.

61 Вид. Одлуку у случају Комисија против Португала III, пар. 32, 65–67; I. Antonaki, 185.

62 Вид. L. Catá Baker, 1841–1842.

63 *Ibid.*, 1842.

ти у обзир правила о државној помоћи, што би водило закључку да држава може да инвестира ако би тако поступио и разумни приватни инвеститор у циљу стицања добити.⁶⁴ Важност карактера инвестиције, Суд је препознао у случају Комисија против Италије II. Тај случај није један од случајева у којима се Суд изјашњавао о златним акцијама, али је са њима блиско повезан.⁶⁵ У случају је било речи о настојању Италије да онемогући некотирана друштва директно или индиректно контролисана од стране других држава, која имају доминантни положај на домаћем тржишту, да стекну утицај на приватизована друштва.⁶⁶ Конкретно, у националном праву била је предвиђена суспензија права гласа, преко одређеног прага, на основу акција које стекну друштва контролисана од стране држава (при чему се не рачунају у кворум), у сектору електричне енергије и гаса.⁶⁷ За разлику од случајева у вези са златним акцијама када државе имају за циљ да себи омогуће утицај у приватизованим друштвима, у помешаном случају циљ предвиђених мера је био да се државе у томе спрече.⁶⁸ Суд је истакнуо да одредбе УФЕУ о слободном кретању капитала не праве разлику између компанија у којима држава има капитал и оних које су у приватном власништву нити између оних које имају, од оних које немају доминантан положај на тржишту.⁶⁹ Друштва која контролише држава могу се ослонити на одредбе УФЕУ о слободном кретању капитала подједнако као што то могу и компаније у приватном власништу.⁷⁰ Суд закључује да Италија није испунила обавезу из чл. 56 (слободно кретање капитала). Дакле, у конкретном случају, установљено је да су друштва која контролише држава заштићена одредбама о слободном кретању капитала једнако као и улагачи приватноправног карактера, чиме је као одлучујући фактор препознат карактер улагања, а не својство улагача.

64 Вид. *ibid.*, 1844.

65 Вид. Мишљење општег правобраниоца Кокота поводом случаја Комисија против Италије II (*Opinion of Advocate General Kokott delivered on 3 March 2005, Case C-174/04*), пар. 1.

66 Вид. *ibid.*

67 Вид. Одлуку у случају Комисија против Италије II, пар. 6.

68 Вид. Одлуку у случају Комисија против Италије II, пар. 20. Вид. и Мишљење општег правобраниоца Кокота поводом случаја Комисија против Италије II, пар. 1

69 Вид. Одлуку у случају Комисија против Италије II, пар. 32.

70 Мишљење општег правобраниоца Кокота поводом случаја Комисија против Италије II, пар. 13. Додаје и да супротно тумачење не би било у складу са принципом неутралности УФЕУ у односу на правила којима је регулисан систем својинских односа, односно да би то водило обавезној приватизацији друштава (пар. 24).

Логична последица препознавања карактера инвестиције као елемента од кључног значаја била би примена истих правила на све акционаре. Дакле, у том смислу, може се расправљати само о дејству конкретне мере. У ширем контексту посматрано, специјална права акционара (не само државе) ограничавају кретање капитала, па би се могло залагати за исти третман специјалних права акционара без обзира на то да ли је акционар држава или приватно лице.⁷¹ Ако би се такво становиште прихватило, то би имало озбиљан утицај на дозвољене мере одбране од преузимања (на пример, акције које дају више гласова биле би забрањене, као и ограничења броја гласова по акционару), чиме би се промовисао принцип једна акција – један глас.⁷² У том случају, одлуке Суда у вези са златним акцијама имале би озбиљан утицај на национална компанијска права, што ће се тек видети у будућности.

V Утицај одредаба о основним слободама на својинскоправне односе држава чланица

Специјална права државе, без обзира на то да ли су предвиђена инструментима приватног права, према ставу Суда могу се сматрати националним мерама, односно инструментима ограничења слобода. Имајући у виду да је реч о акцијама у власништву државе, односно о праву својине државе, може се поставити питање да ли одредбе о слободама имају штетно дејство на правила којима је регулисан систем својинскоправних односа држава чланица. Према чл. 345 УФЕУ (раније чл. 295, а још раније чл. 222), предвиђено је да Уговори неће доводити у питање правила држава чланица којима је регулисан систем својинских односа. Сама одредба, као ни њено порекло и домаћај нису до краја јасни.⁷³ Иако су се државе чланице у случајевима у вези са златним акцијама позивале на одредбу 345 Уговора, Суд је закључио да се ефекат те одредбе не састоји у изузимању система својинских односа од основних слобода предвиђених Уговором.⁷⁴

71 Тако S. Soltysiński, 2587.

72 *Ibid.*

73 Bram Akkermans, Eveline Ramaekers, „Article 345 TFEU (ex. 295 EC), Its Meanings and Interpretations“, *European Law Journal*, Vol. 16, No. 3/2010, 2 (број страна доступан према електронској верзији на SSRN-у).

74 „That article does not have the effect of exempting the Member States' systems of property ownership from the fundamental rules of the Treaty“. Вид. на пример одлуке у случајевима: Комисија против Француске, пар. 44; Комисија против Белгије, пар. 44; Комисија против Шпаније I, пар. 67; Комисија против Португала II, пар. 64. У новијој одлуци Комисија против Грчке, Суд наводи да држава свакако може одлучити да приватизује друштво, али да сам начин

Иако би се језичким тумачењем овог члана могло закључити да је својинско право остало изван европске регулативе, то није случај – Суд правде се бавио стварноправним питањима.⁷⁵ И друге одредбе УФЕУ, а не само оне које се тичу кретања капитала, имају утицај на право својине.⁷⁶

Приватизација без сваке сумње спада у систем својинскоправних односа.⁷⁷ Одлука о приватизацији је ван домета одредаба о слободама, али сам поступак приватизације није.⁷⁸ Дакле, држава која одлучи да не приватизује друштво може на тај начин ограничити слободу настањивања и кретања капитала у потпуности, али ако одлучи да га приватизује не може ограничити слободе ни делимично осим ако је то оправдано. Онај ко може више би требало да може и мање („*he who is able to do the most, can also do the least*“),⁷⁹ али према пракси Суда то није случај. Према неким ауторима, ову одредбу не треба тумачити као одобрење за ограничење кретања капитала, јер је прилично нејасна и може угрозити концепт унутрашњег тржишта, чији неизоставни део чине основне слободе.⁸⁰ Тај аргумент није оправдан с правног аспекта, јер ако норма није довољно јасна то не значи да се она не мора применити. Такође, као аргумент у прилог тезе да чл. 345 не може заштитити државе, у споровима у вези са

приватизације подразумева примену основних слобода (пар. 17). Такође, наглашава да ако се јавно предузеће претвара у друштво чије се акције котирају на берзи, чл. 295 не може служити за то да се потенцијална стицања акција искључе из домета слобода (пар. 18). Изузетно је важно то што Суд говори о котирањима друштвима.

75 В. Akkermans, Е. Ramaekers, 1. Према историјском тумачењу та одредба односила на „систем својинских односа предузећа“ (енгл. „*system of property ownership of the undertaking*“), без обзира на то да ли је власник држава или приватноправни субјект, што се може закључити из Шуманове декларације, коју је представио француски министар спољних послова Роберт Шуман (*Robert Schuman*) 9. 5. 1950. Вид. више В. Akkermans, Е. Ramaekers, 9–11. Вид. и Мишљење општег правобраниоца Коломера у случајевима Комисија против Португала I, Комисија против Француске и Комисија против Белгије (*Joined Opinion of Mr Advocate General Ruiz-Jarobo Colomer delivered on 3 July 2001 (Case C-367/98, Case C-483/99, Case C-503/99)*), пар. 50.

76 S. Grundmann, F. Möslin, 661.

77 Thomas Papadopoulos, „Privatized companies, golden shares and property ownership in the Euro crisis era: A discussion after *Commission v. Greece*“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 12, No. 1/2015, 9.

78 T. Papadopoulos (2015), 10.

79 Мишљење општег правобраниоца Коломера у случајевима Комисија против Португала I, Комисија против Француске и Комисија против Белгије, пар. 66.

80 Jürgen Bröhmer, „The Free Movement of Capital in the European Union and the Problem of ‘Golden Shares’ and Similar Instruments“, *Law in Context: A Socio-Legal Journal*, Vol. 25, No. 2/2007, 152.

златним акцијама, када је реч о приватизованим друштвима, често се наводи да привредни субјекти могу да буду у потпуности у приватној али и у јавној својини, односно да могу да буду под окриљем приватног или јавног права, то јест да приватизација није обавезна.⁸¹ Иако се одлуке Суда у вези са златним акцијама могу тумачити као разлог против приватизације, данас је евидентно да се приватизација као концепт намеће кроз различите аранжмане са државама (на пример, Грчке са Европском централном банком, Комисијом и Међународним монетарним фондом због дужничке кризе), али и одредбе које се односе на привредну политику и питања конкуренције.⁸² Стога, наведени аргумент губи на снази. Може се закључити да се у контексту специјалних права акционара протежира приватна својина у односу на државну.

VI Закључак

Иако су златне акције специјална права државе, оне су пре свега предмет истраживања приватног, а не јавног права. Златне акције спадају у предмет истраживања компанијског права јер су најчешће везане за својство акционара. Одлуке Суда правде Европске уније у вези са златним акцијама имају изузетан значај за национална компанијска права, имајући у виду домашај тих одлука на питања специјалних права акционара у компанијском праву генерално. Златне акција сматрају се механизмом ограничења слободног кретања капитала и/или права настањивања. И онда када специјална права државе нису везана конкретно за акције у том друштву, реч је о инструменту којим се утиче на његово пословање. Златне акције у ужем смислу су акције у власништву државе или других субјеката којима она управља, које омогућавају држави да очува утицај на управљење друштвом у контексту приватизације на основу специјалних права која те акције дају. Држава може имати специјална права и у приватизованом друштву чији није акционар. Тада је реч о златним акцијама у ширем смислу. Стога, исправан термин за специјална права државе у приватизованим привредним друштвима у језичком смислу није златна акција, већ треба говорити о специјалним правима државе. Специјална права државе могу настати вољом чланова друштва, на пример, статутом или уговором чланова, с једне стране, или коришћењем атрибута власти, на пример, предвиђањем специјалних права законима или подзаконским актима, с друге стране.

81 J. Bröhmer, 152.

82 Вид. детаљније Т. Papadopoulos (2015), 13; S. Soltysiński, 2594.

Према пракси Суда правде Европске уније концепт златних акција као посебних права државе представља ограничење слободног кретања капитала и/или права настањивања, односно повреду наведених основних слобода које су загарантоване Уговором о функционисању Европске уније. Хармонизацију компанијског права Европске уније на пољу специјалних права акционара могуће је постићи директном применом одредаба о основним слободама, имајући у виду да је тржиште корпоративне контроле део унутрашњег тржишта. С обзиром на то да кретање капитала није дефинисано у чл. 63 УФЕУ, приликом одлучивања у вези са слободним кретањем капитала, Суд полази од отворене листе примера кретања капитала која се налази у Анексу I Директиве бр. 361/88 за имплементацију чл. 67 Уговора. Директна улагања спадају у оквир и слободног кретања капитала и права настањивања, док се портфолио улагања могу разматрати једино у контексту слободног кретања капитала. Узимајући у обзир да свака диспропорција капитала и права чини улагање у привредно друштво мање привлачним потенцијалним инвеститорима, специјална права представљају ограничење основних слобода посебно када је реч о котираним друштвима. Да би утврдио да ли је реч о ограничењу, Суд разматра да ли је мера којом су предвиђена специјална права национална или није. Националне мере могу бити закони и подзаконски акти у којима су предвиђена специјална права државе у приватизованим друштвима, али и класични компанијскоправни акти, на пример, статут акционарског друштва. Национална мера представља ограничење у случају када се њоме спречава или отежава стицање акција у конкретном друштву. Реч је о мерама које имају одвраћајући карактер на улагаче, при чему такав карактер не мора да има свака мера појединачно, већ и две или више мера заједно. Приликом утврђивања да ли одређена мера или мере ограничавају слободу, треба применити тест дејства мера на стварне и потенцијалне инвеститоре, што је Суд и учинио у случајевима Комисија против Немачке I и Комисија против Холандије. Врста акта у којем су предвиђена специјална права није од пресудног значаја, већ је кључно да ли је држава користила атрибут власти или није. Дакле, *acta iure gestionis* могу, али не морају бити националне мере. У случају Комисија против Италије II, установљено је да су друштва која контролише држава заштићена одредбама о слободном кретању капитала једнако као и улагачи приватноправног карактера, чиме је као одлуђујући фактор препознат карактер улагања, а не својство улагача.

Имајући у виду да су државе власници златних акција, у случајевима у вези са специјалним правима, државе чланице су се позивале на

чл. 345 Уговора о функционисању Европске уније којим је предвиђено да Уговори неће доводити у питање правила држава чланица којима је регулисан систем својинских односа. Иако би се језичким тумачењем овог члана могло закључити да је својинско право остало изван европске регулативе, то није случај. Суд је више пута навео да се ефекат те одредбе не састоји у изузимању система својинских односа од основних слобода предвиђених Уговором. Одлука о приватизацији јесте ван домета одредаба о слободама, али сам поступак приватизације није. Иако се одлуке Суда у вези са златним акцијама могу тумачити као разлог против приватизације, она се као концепт намеће државама на различите начине. Специјална права акционара приватноправног карактера још увек нису била под лупом Суда правде Европске уније у контексту основних слобода. Треба имати у виду да ли су специјална права настала уз поштовање принципа аутономије воље, то јест да специјална права акционара, па и државе, могу настати вољом чланова друштва, што је уобичајено у компанијском праву. С друге стране, то не значи да је приватноправна врста акта којим су предвиђена специјална права гарант да је држава поступала без атрибута власти, односно да није реч о националној мери. Специјална права државе не треба аутоматски третирати као ограничења слобода само због тога што је реч о држави као акционару. Аргумент у прилог изнетом тврдњи је и да акционари приватноправног карактера могу имати специјална права креирана у складу са националним компанијским правом. Дакле, Суд би прво требало да установи да ли су специјална права настала коришћењем атрибута власти државе. Уколико су специјална права предвиђена законом или подзаконским актима, држава је без сумње поступала користећи атрибут власти, па је јасно да је реч о ограничењима основне слободе или слобода. Када су та специјална права предвиђена инструментима приватноправног карактера, као што су уговор акционара или статут друштва, треба оценити да ли су настала поштовањем принципа аутономије воље чланова друштва и да ли могу престати на основу те воље. Имајући у виду да је реч о држави, увек постоје подозрења о томе да ли је држава поступала без атрибута власти, што је тешко оценити. Због тога, да би се утврдило да ли је реч о ограничењу, односно о националној мери, треба применити тест дејства једне или више мера заједно на улагаче, као корективни механизам у конкретном случају.

Jelena LEPETIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

**PRIVATE v. PUBLIC LAW: GOLDEN SHARES
IN THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE
OF THE EUROPEAN UNION**

Summary

In this paper, the author analyzes judgments of the Court of Justice of the European Union concerning golden shares. The Court qualifies special rights of the state as national/state measures, specifying that golden shares are mechanism which derogates from normal course of business in general company law. After analyzing golden shares as restrictions on the movement of capital and/or the freedom of establishment prescribed by the Treaty on the Functioning of the European Union, the author brings forward the difference between the actions of the state as a regulator and its actions as a shareholder. Finally, the author analyzes the effect of the Treaty rules concerning fundamental freedoms on the Member States' systems of property ownership. The author concludes that the type of the instrument in which special rights are provided for is not relevant – it is crucial whether the state has used the attribute of power while establishing them. The author advocates the application of the effect-based test when assessing whether golden shares restrict fundamental freedoms.

Key words: *golden shares, special rights, free movement of capital, national measures, state measures.*

Борко МИХАЈЛОВИЋ, LL.M.

асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ЦИЉ ПОСЛОВАЊА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА – САМО СТИЦАЊЕ ДОБИТИ ИЛИ ЈОШ НЕШТО?

Резиме

Дефинисање циља пословања привредног друштва једно је од најзначајнијих питања савременог компанијског права. И поред научних расправа које се воде већ деценијама, не постоји једнозначан, недвосмислен одговор на то питање. Две су основне теорије о циљу пословања привредног друштва: теорија приоритета акционара (акционарска теорија) и теорија заступљености различитих носилаца интереса у привредном друштву (стејкхолдерска теорија). Поред две основне теорије, постоје и многа нова схватања, која у мањој или већој мери подсећају на две основне теорије, или које мање или више успешно комбинују карактеристике и једне и друге теорије. Аутор у раду анализира основне теорије о циљу пословања привредног друштва, као и неке од новијих, савременијих теорија о том питању. На крају, аутор покушава да одговори на питање може ли се после дуготрајне дебате о циљу пословања уопште закључити нешто ново.

Кључне речи: *привредно друштво, циљ пословања, стицање добити, приоритет акционара/чланова друштва, заступљеност различитих носилаца интереса.*

I Увод

Анализа литературе која се бави питањем циља пословања привредног друштва доводи нас до изненађујућих и контрадикторних закључака. Али, једно је сигурно. Дефинисање циља пословања привредног друштва предмет је ранијих, садашњих, а вероватно и будућих научних расправа компанијског права. И не само компанијског права. Оно је предмет и других научних дисциплина, економије, финансија, пословне

етике, организационих наука.¹ То је разумљиво, јер сам појам „циљ пословања“ указује на изворност, суштину и фундаменталност постављеног питања.

Две су основне теорије о циљу пословања привредног друштва: теорија приоритета акционара (акционарска теорија) и теорија заступљености различитих носилаца интереса у привредном друштву (стејкхолдерска теорија). Оне данас, пак, нису једине две теорије, које савремено компанијско право познаје. Постоје многа нова схватања, која у мањој или већој мери подсећају на две основне теорије, или које мање или више успешно комбинују карактеристике и једне и друге теорије, по опробаном рецепту покушаја проналажења „средњег пута“, када постоји дилема о исправности екстремних одговора до којих се првобитно дошло. Узимајући у обзир фундаменталност питања циља пословања привредног друштва, делује збуњујуће да правна теорија, као ни све друге научне теорије, још увек нису дале јединствен одговор на постављено питање. И то је можда и једна од ретких тачака подударана ставова разлитих теоретичара: да одговор још увек не постоји. Одговор се током деценија мењао, тако што је различитим теоријама додељиван примат у различитим временским раздобљима. Могло би се поставити питање да ли савремено привредно друштво послује без јасно одређеног циља. То никако не одговара реалности и савременој пословној пракси. Али, то не умањује значај даљег трагања за јасно дефинисаним циљем или циљевима пословања привредног друштва.

Поједини аутори дефинисање циља пословања привредног друштва сматрају најзначајнијим теоријским и практичним питањем савременог компанијског права.² Значај одређивања циља пословања привредног друштва обично се доводи у вези са питањем посебних (фидуцијарних) дужности директора према привредном друштву. Јасно дефинисан циљ има улогу водича управи друштва (и другим лицима са посебним дужностима) приликом вршења тих дужности. Он чини једноставнијим утврђивање да ли су директори и друга лица са посебним дужностима према привредном друштву поступала у складу са тим дужностима.³ Ипак, значај одређивања циља пословања привредног друштва може се

1 Andrew Keay, „Ascertaining the corporate objective: An entity maximization and sustainability model“, *The Modern Law Review*, бр. 5/2008, 664.

2 James P. Walsh, „Introduction to the “Corporate Objective Revisited” exchange“, *Organization Science*, бр. 3/2004, 349.

3 A. Keay (2008), 665.

посматрати и у много ширем контексту. Он нам указује на врсту и механизме корпоративног управљања које треба имплементирати у компанијском праву једне земље, али нам указује и на правни, политички и економски пут којим једна земља намерава да се креће. Пут суровог, неолибералног капитализма и пут хуманог, друштвено „осетљивијег“ капитализма два су могућа избора (да ли могућност избора заиста постоји?), а тај избор зависи и од тога како држава и друштво (у социолошком смислу) виде циљ пословања привредног друштва.

II Осврт на ток дебате о циљу пословања привредног друштва

„Велика дебата“ о циљу пословања привредног друштва почела је тридесетих година прошлог века на страницама чувене Харвардске правне ревије (енгл. *Harvard Law Review*), у којој је објављена научна расправа америчких професора Адолфа Берла и Едвина Мерица Дода.⁴ Берл је био поборник теорије приоритета акционара, тврдећи да „сва овлашћења која су додељена привредном друштву, управи привредног друштва или било којој групи унутар друштва, без обзира на то да ли произилазе из закона, оснивачког акта или и из једног и из другог, у сваком тренутку треба да буду вршена искључиво у интересу акционара/чланова друштва“.⁵ Дод је имао потпуно другачије виђење циља пословања привредног друштва. Он је сматрао да је једини ваљан циљ друштва онај који не обухвата само стварање новца, већ и обезбеђивање сигурних радних места за запослене, квалитетних производе за потрошаче и давање доприноса развоју читаве друштвене заједнице.⁶ Он је говорио да је привредно друштво економска институција, које има како друштвену улогу, тако и функцију стицања добити.⁷ У првој половини 20. века управо је Додово схватање однео превагу. То је признао и његов највећи опонент Берл 1954. године, наводећи тада да је расправа, барем у том тренутку, завршена у корист модела

4 Неслагања постоје чак и по питању када је научна расправа о циљу пословања привредног друштва почела. Поједини аутори кажу да она траје више од 150 година (Anant K. Sundaram, Andrew C. Inkpen, „The corporate objective revisited“, *Organization Sciences*, бр. 3/2004, 351.), а неки чак да она постоји већ више од 2000 година, односно већ од тренутка када су почели да се појављују први, рудиментарни облици организовања обављања привредне делатности (J. Walsh, 349).

5 Adolf A. Berle, Jr., „Corporate powers as powers in trust“, *Harvard Law Review*, бр. 7/1931, 1049.

6 Edwin Merrick Dodd, Jr., „For whom are corporate managers trustees?“, *Harvard Law Review*, бр. 7/1932, 1156.

7 Исто, 1148.

који узима у обзир интересе шире друштвене заједнице.⁸ Ипак, као што је Берл рекао, крај расправе и победа „друштвено одговорне“ теорије била је само привремена. Седамдесетих година прошлог века развија се тзв. Чикашка школа економије слободног тржишта. Ова економска школа циљ привредног друштва сматра врло јасним и једноставним: то је повећање богатства акционара, односно чланова друштва. Најутицајнији представник ове школе свакако је Милтон Фридман, који је тврдио да су акционари власници привредног друштва и да је зато његова једина „друштвена одговорност“ повећање профита акционара/чланова.⁹ На развој теорије приоритета акционара седамдесетих година, значајан утицај има и рад економиста Џенсена и Меклинга, који акционаре описују као налогодавце, који ангажују директоре да поступају као њихови заступници.¹⁰ Коначно, 2001. године Хансман и Кракман „објављују крај историје компанијског права“, односно да је велика дебата о циљу пословања привредног друштва завршена, и то у корист теорије приоритета акционара/чланова друштва.¹¹ Ипак, последњих година расправе на ову тему поново су актуелне, па се чини да теза о „крају историје“ у овом тренутку више није основана.¹²

III Теорија приоритета акционара/чланова друштва (акционарска теорија)

Акционарска теорија полази од примарне улоге акционара, односно чланова друштва. Циљ пословања друштва одређен је употребом сличних, али не и истих појмова. Тако се као циљ наводи приоритет акционара (енгл. *shareholder primacy*), што делује као најшира формулација. Говори се и о повећању, односно максимизацији богатства акционара (енгл. *shareholder wealth maximization*), али и о стварању вредности за акционаре (енгл. *shareholder value*). У правној литератури постоје различи-

8 Adolf A. Berle, Jr., *The 20th century capitalist revolution*, New York, 1954, 169.

9 Milton Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, N.Y. Times, Sept. 13, 1970 (доступно на <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>, 27.04.2017).

10 Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, бр. 3/1976, 308.

11 Henry Hansmann, Reinier Kraakman, „The end of history for corporate law“, *Georgetown Law Journal*, бр. 2/2001, 468.

12 О току дебате о циљу пословања привредног друштва у европским земаљама види: Martin Gelter, Genevieve Helleringer, „Lift not the painted veil! To whom are directors' duties really owed?“, *University of Illinois Law Review*, бр. 3/2015, 1089-1090.

ти ставови о односу између наведених појмова. Према појединим ауторима, ради се о синонимима, који се могу користити у заменљивом значењу.¹³ Бејнбриџ, пак, сматра да се ради о појмовима који изражавају различите концепте. Појам „приоритет акционара“ подразумева модел одлучивања у коме крајња контрола („завршна реч“) припада акционарима/члановима друштва, док „максимизација богатства акционара“ означава шта је заправо циљ и водиља управи друштва приликом доношења пословних одлука.¹⁴ Приоритет акционара схваћен у овом смислу у складу је не само са акционарским, већ и са стејкхолдерским теоријама, што може бити од великог значаја за континентално-европске правне системе, који су традиционално усмеренији ка стејкхолдерским теоријама.¹⁵ Ова научна расправа није само терминолошке, већ и суштинске природе. Бејнбриџ сматра да теорија приоритета акционара има два значења: 1) циљ пословања привредног друштва треба да буде максимизација богатства акционара/чланова друштва; 2) акционари/чланови друштва имају крајњу контролу над пословањем друштва.¹⁶ Кеј, пак, истиче да се теорија временом развијала, готово у потпуности, ка свом првом значењу. Тако Кеј ову теорију изједначава са стварањем што више богатства за акционаре/чланове друштва. То једноставно значи да управа друштва треба да ради на томе да створи што више новца за акционаре/чланове.¹⁷ Према овом схватању акционарске теорије, интереси других стејкхолдера подређени су интересима акционара/чланова друштва. Њихови интереси могу бити од значаја и у примени ове теорије, али само ако то доприноси свеукупном повећању богатства акционара/чланова друштва.¹⁸

САД и Велика Британије традиционално се сматрају земљама које прихватају акционарску теорију.¹⁹ Последњих година и Европска унија прави корак ка усвајању акционарског модела, на шта указује све чешће

13 Andrew Keay, „Shareholder primacy in corporate law: Can it survive? Should it survive“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 3/2010, 370.

14 Steven Bainbridge, „Director primacy: the means and ends of corporate governance“, *Northwestern University Law Review*, бр. 2/2003, 574.

15 Paul Krüger Andersen, Evelyne Juliane Beatrix Sørensen, „The principle of shareholder primacy in company law from a Nordic and European regulatory perspective“, у: Hanne S. Birkmose, Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen (ур.), *The European Financial Market in Transition*, Alphen aan den Rijn, 2011, 178.

16 S. Bainbridge, 573.

17 A. Keay (2010), 375.

18 Исто, 376.

19 Klaus Hopt, „Comparative corporate governance: the state of the art and international regulation“, *American Journal of Comparative Law*, бр. 1/2011, 28.

позивање на принципе, попут активног власништва, акционарског активизма, акционарске демократије и сл.²⁰ Андерсен и Соренсен сматрају да је принцип приоритета акционара заједнички принцип европског права, чије се значење разликује од значења овог принципа у САД.²¹ Усвајање овог принципа, према „европском значењу“, не значи да привредна друштва не могу да следе друге, друштвено корисне интересе.²² Међутим, ти интереси нису примарни циљ друштва, већ они треба да буду и јесу регулисани посебним прописима. Те прописе друштва треба да следе и поштују, а на акционарима/члановима је да одлуче да ли ће друштво ићи корак даље и усвојити принципе, који ће ићи изван те регулативе.²³ Поменути аутори своје ставове заснивају управо на горе поменутом Бејнбрицовом схватању појма приоритета акционара.

Принцип приоритета акционара није обавезујућа правна норма, пошто се у законодавству никада изричито не одређује да је циљ пословања привредног друштва увећавање богатства акционара/чланова друштва. Ипак, овај принцип у великој мери утиче на праксе корпоративног управљања (посебно у земљама англосаксонског правног круга, али и у ЕУ), па се сматра да он данас постоји као опште прихваћена друштвена норма.²⁴

Као што циљ друштва који произилази из ове теорије није потпуно јасно одређен, тако ни други аспекти ове теорије нису једнообразни. Ту се првенствено мисли на њене основне поставке, односно принципе, разлоге и правно-политичка оправдања на којима почива и из којих изводи своју наводну премоћ у односу на друге теорије. Поставке су се временом мењале, а неке од њих користе и присталице стејкхолдерске теорије у циљу оправдања својих ставова, наравно тумачећи их и користећи у другом контексту и на други начин. Акционарска теорија, најпре, је оправдана аргументима који су полазили од чињеница које су указивале на посебну улогу и значај акционара/чланова за постојање и функционисање при-

20 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Action plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, Strasbourg, 2012, COM (2012) 740 final.

21 P. K. Andersen, E. J. B. Sorensen, 196.

22 Исто.

23 Исто.

24 David Rönnegard, N. Craig Smith, „Shareholder primacy as an impediment to Corporate Social Responsibility“, у: Maria Cecilia Coutinho de Arruda, Boleslaw Rok (yp.), *Understanding Ethics and Responsibilities in a Globalizing World*, Berlin, 2016, 49-50.

вредног друштва.²⁵ Та улога може да произилази из схватања акционара/чланова као власника привредног друштва, што би за последицу имало негацију његовог правног субјективитета.²⁶ Чак и када нису схваћени као власници, њихов посебан значај произилази из чињенице да су они ти који обезбеђују почетни и накнадни капитал друштва. Дакле, они су инвеститори, па сам значај инвестирања за једно друштво логично води ка значају акционара. Акционари су лица која последња намирују своја потраживања према друштву, односно они своје право на дивиденду остварују тек када се пре тога намире сви остали повериоци друштва (енгл. *residual claimants*).²⁷ Указивало се и на постојање „рањивости“ акционара приликом куповине акција друштва, на тзв. информациону асиметрију, која је последица њиховог недовољног познавања свих чињеница од значаја за куповину акција.²⁸ Акционарска теорија као своју правно-политичку подлогу користи и уговорно схватање привредног друштва. Постоје две верзије овог аргумента.²⁹ Једна је повезана са већ поменим схватањем (карактеристичним за англосаксонско право) односа између акционара/чланова и директора друштва као односа еквивалентном односу између налогодавца и заступника. Последица усвајања ове претпоставке је и усвајање теорије приоритета акционара. Поред тога, указује се и на услове под којима су акционари/чланови привучени да уложе свој новац у друштво, односно на чињеницу да конститутивни акти друштва махом указују на стицање добити као на првенствени циљ друштва.³⁰ Присталице акционарске теорије последњих година користе чак и аргументе друштвеног благостања, карактеристичне за стејкхолдерску теорију.³¹ Наводи се да акционари имају највише интереса за успешно пословање друштва, па да на тај начин поступање у њиховом интересу доприноси постизању опште друштвене добробити. На крају, као последњи одговор на критике опонената, заговорници акционарске теорије наводе разлог целисходности. Они сматрају да, чак и ако не постоји било који разлог који оправдава фаворизовање акционара/чланова у од-

25 Joseph Heath, „Business ethics and the “End of history“ in corporate law“, *Journal of Business Ethics*, бр. 1/2011 (Special issue on Ethics, Corporations, and Governance), 8.

26 A. Keay (2010), 393.

27 *Исто*, 377-380.

28 J. Heath, 8.

29 *Исто*.

30 A. Keay (2010), 397.

31 *Исто*, 390.

носу на остале носиоце интереса, онда је њихов приоритет оправдан због тога што је примена те парадигме једноставнија и ефикаснија.³²

Једноставност и ефикасност теорије приоритета акционара/чланова изражава се кроз један од основних, а можда и највише пута поновљен аргумент, а то је да примена ове теорије олакшава начин и поступак одлучивања директора друштва.³³ Они имају један циљ, који је јасно одређен, нема потребе за узимањем у обзир других интереса, њиховим „вагањем“ и настојањем да они буду доведени у равнотежу. Било која нејасноћа у погледу циља за последицу може да има поступање директора у сопственом интересу. Такву равнотежу заправо понекад није ни могуће постићи, пошто интереси могу бити потпуно супротстављени. Често се понавља и да акционари, за разлику од осталих носилаца интереса, не уживају заштиту у другим гранама права, па зато компанијско-правна заштита треба бити усмерена искључиво према њима. Остали носиоци интереса заштићени су уговорима, али и прописима јавноправне природе (нпр. постоје прописи радног права, потрошачког права и сл.). Усвајање теорије приоритета акционара/чланова подстиче преузимање предузетничког ризика од стране директора.³⁴ На крају, наводи се да не постоје емпиријски докази да су друштва која послују у привредним системима који усвајају стејкхолдерски модел, као што су европске земље и Јапан, одговорнији „корпоративни грађани“.³⁵

Критичари акционарске теорије побијају ову теорију по различитим основама. Тако, између осталог, наводе да проблем балансирања интереса постоји и када се усвоји приоритет акционара као основни принцип, који настаје као последица постојања различитих интереса акционара, понекад чак и оквиру исте врсте и класе акција. Потом нејасно је да ли се приоритет акционара посматра краткорочно или дугорочно, а са тим у вези поставља се и питање да ли се води рачуна само о интересима постојећих или и будућих акционара.³⁶ Овај проблем је карактеристичан за јавна акционарска друштва, чије су акције брзо и лако преносиве. Општа је оцена да примена теорије приоритета акционара/чланова има за последицу усмереност управе друштва ка краткорочним циљевима. Краткорочни циљеви и стално настојање за повећањем цене акција могу

32 A. Keay (2008), 668-669.

33 Исто.

34 A. Sundaram, A. Inkpen, 354.

35 Исто, 356.

36 A. Keay (2008), 670.

натерати управу друштва да иде „линијом мањег отпора“ и да тако просто пренесе вредност од других стејхолдера ка акционарима/члановима, уместо да се усмери на стварање вредности за све носиоце интересе.³⁷ Добар пример за то је британско–холандска нафтна компанија Ројал Дач Шел (*Royal Dutch Shell*) која је најпре отпустила око 5000 запослених, да би након тога повећала дивиденде својим акционарима за 5%.

IV Теорија заступљености различитих носилаца интереса у привредном друштву (стејхолдерска теорија)

Теорија заступљености различитих носилаца интереса у привредном друштву полази од тога да, поред акционара/чланова, постоје и друге групе или појединци, унутар и изван привредног друштва, које су заинтересоване за његово пословање, а које, такође, доприносе том пословању, развоју друштва, његовом капиталу. Стејхолдерска теорија циља пословања привредног друштва тај циљ види у стварању и расподели богатства и вредности, створених пословањем привредног друштва, свим групама стејхолдера (носилаца интереса), без давања предности, фаворизовања неке од тих група науштрб друге.³⁸ Према овом схватању, суштина привредног пословања је да сви носиоци интереса или још шире посматрано – сви учесници на тржишту имају дугорочне користи од тог пословања. Стејхолдери заслужују да се сматрају циљем, а не само средством за постизањем циља.³⁹ Према томе, у свом чистом облику ова теорија не захтева само пуко уважавање, разматрање, узимање у обзир интереса других стејхолдера, поред интереса акционара/чланова друштва, већ равноправан третман свих тих носилаца интереса.

Фриман, оснивач стејхолдерске теорије, појам стејхолдера је дефинисао као било коју групу или појединца који може утицати на остваривање циљева привредног друштва или на кога утиче остваривање тих циљева.⁴⁰ У теорији се могу пронаћи многе сличне дефиниције. На пример, стејхолдери су групе и појединци који сnose последице (корист и

37 A. K. Sundaram, A. C. Inkpen, 356.

38 Andrew Keay, „Stakeholder theory in corporate law: Has is got what it takes?“, *Richmond Journal of Global Law and Business*, бр. 3/2010, 256.

39 R. Edward Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, Boston, 1984, 46.

40 A. Keay, „Ascertaining the corporate objective: an entity maximization and sustainability model“, 674.

штету) од пословних поступака једног привредног друштва.⁴¹ Стејкхолдери у једном привредном друштву несумњиво су акционари/чланови друштва, повериоци, запослени, управа (директори, чланови надзорног одбора), друштво у социолошком смислу (држава), а према неким схватањима и потрошачи.⁴²

Земље које традиционално усвајају овај модел или барем нагињу ка њему су скандинавске земље, као и Аустрија, Немачка и Холандија.⁴³ Иако се САД готово без изузетка повезују са теоријом приоритета акционара/чланова друштва, треба напоменути да су осамдесетих година прошлог века бројне америчке савезне државе (прва је то учинила Пенсилванија 1983. године) усвојиле законе који дозвољавају управи привредног друштва да у поступку одлучивања размотри интересе свих стејкхолдера (енгл. *constituency statutes*). Ови закони донети су у временима учесталих непријатељских преузимања акционарских друштава, као одговор савезних држава на ту појаву, а са циљем задржавања друштава у оквиру савезне државе доносиоца закона, али и како би се сачувала радна места и омогућио несметани привредни развој.⁴⁴ Ипак, разлог доношења и сврха поменутих закона не умањују њихов шири значај и чињеницу да они представљају барем мали корак америчког корпоративног права према стејкхолдерском моделу циља пословања привредног друштва.⁴⁵ Тако се све чешће и у америчкој правној литератури наводи да се амерички систем корпоративног права погрешно посматра као систем усмерен искључиво ка остваривању добити акционара.⁴⁶ Коначно, Штут иде корак

41 Domenec Mele, „Corporate social responsibility theories“, у: Andrew Crane, Abigail McWilliams, Dirk Matten, Jeremy Moon, Donald S. Siegel (ур.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford, 2008, 63.

42 Мирко Васиљевић, „Друштвена одговорност компанија (од политике, преко морала до права)“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2013, 14-15.

43 К. Нопт, 28.

44 Joseph R. Shealy, „The corporate identity theory dilemma: North Carolina and the need for constructionist corporate law reform“, *North Carolina Law Review*, бр. 2/2016, 690-691.

45 Делавер, као најутицајнија америчка савезна држава у области корпоративног права, једна је од ретких држава која није усвојила неки облик закона који дозвољава управи друштва узимање у обзир интереса различитих стејкхолдера, али судска пракса ове државе дозвољава директорима да размотре интересе других стејкхолдера све док постоји разумна веза са дугорочним интересима корпорације и акционара (најпознатија пресуда у овом смислу је у случају *Paramount v. Time*).

46 Steven M. H. Wallman, „Understanding the purpose of a corporation: an introduction“, *Journal of Corporation Law*, бр. 4/1999, 817.

даље и принцип приоритета акционара у америчком праву назива митом, који штети инвеститорима, корпорацијама и читавом друштву.⁴⁷

Стејкхолдерски модел циља пословања привредног друштва своју основу и правно-политичко оправдање проналази у моралу, правичности, потреби за развојем тзв. хуманог капитализма, насупрот владајућем савременом „окрутном“ капитализму, тежњи за постизањем опште друштвене добробити. Овај модел предмет је посебног проучавања литературе посвећене пословној етици, али њен утицај на правну литературу није нимало занемарљив. Иако почетни развој ове теорије може бити приписан учењу Едвина Мерица Дода из 30-их година прошлог века и његовом супротстављању Берловој акционарској теорији, оснивачем стејкхолдерске теорије сматра се Р. Едвард Фриман који је своје ставове објавио у чувеној књизи из 1984. године *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. Слично акционарској теорији, и стејкхолдерска теорија, поред различитих моралних схватања, своје правно-политичко оправдање проналази и у појединим облицима уговорних схватања (друштво је спона, мрежа различитих уговора уговора – енгл. *nexus of contracts*; када се ова теорија тумачи као признавање интереса различитих учесника „корпоративног подухвата“ који су, према овој теорији, уговорне стране). Нека веома радикална схватања посматрају привредно друштво у економском смислу као заједничку имовину свих стејкхолдера, што је практично пандан схватању акционара/чланова као власника привредног друштва, и у томе проналазе оправдање за усвајање стејкхолдерске теорије.⁴⁸ Схватање привредног друштва као правне заједнице, односно као посебног правног субјекта, такође, служи као оправдање појединим присталицама ове теорије, који сматрају да је привредно друштво заједница која се састоји од многих појединаца и група који имају интерес у вези са пословањем, напретком и успехом једног друштва.⁴⁹

Позитивне стране ове теорије обично се повезују са чињеницом да активности које нису усмерене искључиво ка постизању максималне добити за акционаре/чланове друштва доприносе пословном угледу и свеукупној репутацији привредног друштва на тржишту, његовој атрак-

47 Lynn Stout, *The shareholder value myth: how putting shareholders first harms investors, corporations, and the public*, San Francisco, 2012, V-VI.

48 Brian M. McCall, „The corporation as imperfect society“, *Delaware Journal of Corporate Law*, бр. 2/2011, 522.

49 J. Shealy, 689.

тивности као послодавца.⁵⁰ Стејкхолдерска теорија доприноси поштовању моралних норми у привредном пословању и постизању правичности у том пословању, покушајем стављања у исти положај различитих носилаца интереса за пословањем друштва (ако они треба да буду једнаки?). Из стејкхолдерског модела произашло је теорија о друштвено одговорном пословању компанија (енгл. *corporate social responsibility*), која последњих година све више добија на значају на глобалном нивоу и која тако промовише позитивне стране теорије о заступљености различитих носилаца интереса у привредном друштву. Европска унија дефинише друштвено одговорно пословање као одговорност предузећа за њихов утицај на друштво.⁵¹ Стејкхолдерска теорија и теорија о друштвено одговорном пословању компанија шаљу јединствену поруку савременом корпоративном свету да привредна друштва, а посебно велике корпорације, морају постати институције са моралним идентитетом које препознају и прихватају своје етичке обавезе према различитим стејкхолдерима, а које су од пресудног значаја за успех привредног друштва.⁵²

Од настанка стејкхолдерске теорије кључна критика противника ове теорије је проблем сталног усклађивања и балансирања различитих интереса и циљева, који неминовно настаје у случаје примене ове теорије.⁵³ Пошто су ти интереси често потпуно супротстављени, тај проблем понекад може бити и нерешив. Чини се да присталице стејкхолдерске теорије нису успеле да пронађу адекватан практичан одговор на то питање (да ли такав одговор уопште постоји?). Балансирање интереса различитих стејкхолдера тако остаје у оквиру (често широког) дискреционог овлашћења директора, што оставља простор и за њихово опортунистичко понашање. Критичари наводе и да ова теорија подрива принцип приватне својине, који је основа савремене тржишне привреде.⁵⁴ Практичан проблем за примењивост ове теорије је непостојање активне легитимације других стејкхолдера, осим акционара/чланова, али и непрецизно де-

50 Barnali Choudhury, „Serving two masters: incorporating social responsibility into the corporate paradigm“, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, бр. 3/2011, 651.

51 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A Renewed EU Strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility, Brussels, 2011, COM (2011) 681 final.

52 J. Shealy, 702-703.

53 A. Keay, „Stakeholder theory in corporate law: Has it got what it takes?“, 277.

54 *Исто*, 269-270.

финисан појам стејкхолдера.⁵⁵ Указује се и на теоријску и логичку непотпуност стејкхолдерске теорије, која није понудила адекватну аргументацију на којој се заснива, правно–политичко оправдање, нити одговор на питање на коју теорију о правној природи привредног друштва се ова теорија позива.⁵⁶

V Неке савремене теорије о циљу пословања привредног друштва

Поред две основне теорије о циљу пословања привредног друштва, у савременој литератури, постоје и многа друга, мање или више оригинална, схватања циља пословања. Томе доприноси актуелност питања и чињеница да се још увек није дошло до јасног и јединственог одговора на постављено питање.

Кеј сматра да су две основне теорије о циљу пословања привредног друштва усмерене на то у чијем интересу директори треба да поступају, а не шта је циљ пословања.⁵⁷ Зато овај аутор предлаже модел који циљ пословања дефинише коришћењем два различита елемента: 1) максимизација добробити привредног друштва као посебног правног субјекта и 2) одрживо пословање привредног друштва (обезбеђење опстанка и трајности привредног друштва).⁵⁸ Максимизација добробити привредног друштва подразумева неговање целокупног богатства друштва, што се постиже настојањем управе друштва да повећа укупну дугорочну тржишну вредност друштва као целине, узимајући у обзир интересе различитих група или људи.⁵⁹ Ово схватање има сличности са стејкхолдерским моделом, пошто Кеј наводи да дугорочна максимизација добробити привредног друштва подразумева непоступање науштрб интереса запослених (нпр. неправичним снижењем цене рада, уштедама на пољу безбедности и здравља на раду и сл.), правовремену исплату поверилаца, улагање у истраживање и развој, тренинге запослених, инвестиције у локалну и ширу заједницу и сл. Други елемент ове теорије је одрживо пословање друштва, које подразумева континуирани финансијски развој друштва и

55 *Исто*, 273.

56 В. McCall, 522.

57 А. Keay, „Ascertaining the corporate objective: an entity maximization and sustainability model“, 679.

58 *Исто*.

59 *Исто*, 685.

стално старање управе друштва да не дође до његове презадужености и последично стечаја.⁶⁰

И бројна друга схватања на неки начин представљају посебне облике стејкхолдерског модела или потичу од њега. Такво је схватање да је основни циљ пословања привредног друштва максимизација друштвеног богатства на дуге стазе.⁶¹ Слично томе, наводи се да максимизација богатства акционара/чланова друштва, као ни стицање добити не могу бити циљ сам по себи, већ само средства ка постизању циља.⁶² Основни, заједнички циљ, који уједињује интересе свих стејкхолдера и који доноси користи и привредном друштву као посебној правној заједници, је служење потрошачима/клијентима, као крајњим корисницима производа и услуга једног привредног друштва.⁶³ Или, пошто је циљ пословања привредног друштва нејасно дефинисан, управа друштва требало би да служи истовремено финансијским интересима и акционара/чланова и других стејкхолдера.⁶⁴ Као једна од теорија о циљу пословања наводи се и теорија „корпоративног грађанства“. Према овој теорији, привредно друштво део је друштва у социолошком смислу.⁶⁵ Оно има значајну улогу у поштовању и промовисању људских права и доприносу свеукупном друштвеном благостању и континуираном развоје заједнице.⁶⁶

Савремена теорија циља пословања привредног друштва која је несумњиво привукла највише пажње академске и стручне јавности последњих година је теорија усвојена у британском Закону о компанијама из 2006. године. Слободан, мада не и идеалан, превод пажљиво смишљене енглеске кованице *enlightened shareholder value* могао би да гласи „просвећено стварање вредности за акционаре/чланове друштва“ као ново схватање општег циља пословања привредног друштва. Ово схватање привукло је пуно пажње и због тога што је Велика Британија историјски недвосмислено прихватила теорију приоритета акционара/чланова друштва. Оно је кодификовано у оквиру одредбе која прописује дужност директора да промовишу успех компаније у корист чланова као групе/ко-

60 Исто, 692.

61 S. Wallman, 810.

62 B. McCall, 545.

63 Исто, 547.

64 B. Choudhury, 647.

65 Nien-he Hsieh, „Corporate social responsibility and the priority of shareholders“, *Journal of Business Ethics*, бр. 4/2009 (додатак), 553.

66 D. Mele, 73.

лектива, узимајући у обзир и: могуће дугорочне последице било које одлуке, интересе запослених, потребу компаније да развија пословне односе са својим добављачима, потрошачима и др., утицај пословања компаније на заједницу и животну средину, жељу да компанија одржи своју репутацију високих стандарда пословања и потребу правичног поступања унутар друштва.⁶⁷ Ова одредба брзо је постала предмет живе анализе правне теорије. Неки је схватају као доказ да се британско компанијско право креће ка усвајању стејкхолдерског модела, док други истичу да овај модел представља потпуно нови модел – „средњи пут“ између две деценијама супротстављене теорије.⁶⁸ Одредба се може тумачити на два начина: 1) интереси стејкхолдера могу бити од значаја само у процесу стварања богатства за акционара/чланове; 2) интереси стејкхолдера од значаја су без обзира на то да ли су повезани са интересима акционара/чланова.⁶⁹ Одговор се вероватно може пронаћи у документима британске Водеће групе за ревизију компанијског права (*Company Law Review Steering Group*), која се у свом раду и залагала за усвајање принципа просвећеног стварања вредности за акционаре/чланове друштва. Тако се у једном од извештаја ове групе, између осталог, наводи да „директори треба да поступају у најбољем колективном интересу акционара/чланова“, али и да нови приступ не подразумева „усмереност ка краткорочним финансијским интересима“, већ захтева инклузиван приступ који вреднује стварање дугорочних односа.⁷⁰ Према томе, чини се да принцип приоритета акционара и даље остаја полазна основа приликом одређивања циља пословања привредног друштва у британском праву. Уосталом, и језичким тумачењем поменуте одредбе закључује се да се од директора захтева само да „имају у виду“, односно „узму у обзир“ (енгл. *have regard to*)⁷¹ интересе изричито наведене у чл. 172 ст. 1. закона.

67 Закон о компанијама Велике Британије (*Companies Act 2006*), чл. 172 ст. 1.

68 Andrew Keay, Hao Zhang, „An analysis of enlightened shareholder value in light of ex post opportunism and incomplete law“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 4/2011, 452.

69 Исто, 453-454.

70 Department of Trade and Industry, *Company Law Review, Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the Framework*, London, 2000 (доступно на <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121029131934/http://www.berr.gov.uk/files/file23248.pdf>, 27.04.2017).

71 О значењу израза „have regard to“ у овом контексту види: Andrew Keay, *Directors' duties*, Bristol, 2014, 159-166.

VI Може ли се уопште закључити нешто ново о циљу пословања привредног друштва?

Основни циљ пословања привредног друштва садржан је у самом појму привредног друштва.⁷² То је стицање добити, што је неспорна истина и „(не)оборива претпоставка“⁷³ компанијског права.⁷⁴ У поступку остваривања овог основног циља свако привредно друштво требало би да води рачуна о поштовању општег циља компанијског права, најбоље израженог кроз дефиницију Хансмана и Кракмана: „Циљ компанијског права је служење интересима друштва у целини. Прецизније, циљ компанијског права је да повећа свеукупно благостање свих на које утичу активности друштва, укључујући акционаре/чланове, запослене, добављаче и потрошаче, као и благостање трећих лица (у мери у којој је то могуће и изводљиво), као што су локалне заједнице и сви они на које утиче здрава животна средина.“⁷⁵ Исто тако, основни циљ сваког привредног друштва повезан је и са његовим посебним циљевима, који се одређују оснивачким актом, уговором чланова или статутом друштва.

Две основне теорије о основном циљу пословања привредног друштва пресудан значај дају субјектима у чијем интересу се води целокупно пословање друштва. Заједничко је за обе теорије неоспоревање, односно нерасправљање о стицању добити као основном циљу. Оне имају бројне недостатке, нелогичности, недоследности. Теорија приоритета акционара није јасно разграничила појмове стицања добити, стварања вредности за акционаре/чланове друштва, односно повећање њихове имовине, максимизације добити и максимизације богатства акционара/чланова. С друге стране, стејкхолдерска теорија у њеном најизворнијем облику, који захтева равноправност свих стејкхолдера, потпуно је неприхватљива. Чак и када бисмо са сигурношћу могли да утврдимо ко су све стејкхолдери

72 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015), чл. 2.

73 Претпоставку би могли оборити једино акционари/чланови друштва доношењем одлуке да стицање добити није основни циљ пословања, али такви случајеви су готово незабележени, осим у посебним правним формама обављања привредне делатности, које по самом закону немају стицање добити за циљ (на пример, социјална предузећа).

74 О значају стицања добити у компанијском праву види: Rolf Skog, „The importance of profits in company law – a comment from a Swedish perspective“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 4/2015, 565.

75 Henry Hansmann, Reinier Kraakman, „What is corporate law“, у: Reinier Kraakman, Paul Davies, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Edward Rock (ур.), *The anatomy of corporate law – a comparative and functional approach*, Oxford, New York, 2004, 18.

једног привредног друштва, не постоји аргумент који би био довољно снажан и убедљив да оправда стављање у исту равну по значају за живот и пословање привредног друштва акционаре/чланове и, примера ради, повериоце или запослене. Могући „средњи пут“ видљив је у многим националним законодавствима при дефинисању посебних дужности директора (и других лица), везујући их за интересе привредног друштва у целини. Мада, и овај пут има нејасноћа и непрецизности. Основно је питање да ли је интерес привредног друштва исто што и интерес акционара/чланова или је то интерес свих стејкхолдера укључених на неки начин у пословање друштва. Важно је напоменути да обе основне теорије о циљу пословања привредног друштва своја размишљања, схватања везују за велика јавна акционарска друшта,⁷⁶ па је њихова примена на мала и средња предузећа под знаком питања.

Намеће се закључак да је остваривање других, пратећих, а истовремено неопходних циљева (интереси других стејкхолдера), у директној вези са доношењем конкретних пословних одлука у сваком привредном друштву, а нарочито одлуком о расподели и усмеравању стечене добити. Сваки други циљ (мимо основног) производ је или последица воље, односно одлуке самог привредног друштва.

Borko MIHAJLOVIĆ, LL.M.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Kragujevac

THE PURPOSE OF A COMPANY'S BUSINESS OPERATION – GAINING PROFITS OR ANYTHING MORE?

Summary

Defining the purpose of company's business operation is one of the most significant issue of contemporary company law. Besides long standing scientific discussion, which have been existing for decades, we still do not have straightforward, unambiguous answer to this question. There are two main theories on the purpose of a company's business operation: the shareholder primacy theory and the theory of representation of different stakeholders in a company (stakeholder theory). Besides two dominant theories, there are many new insights, which more or less reminiscent to the two dominant theories, or which with more or less success combine characteristics of both theories. The author in the pa-

76 A. Keay, H. Zhang, 448.

per analyses basic theories on the purpose of a company's business operation, as well as some of the newer, contemporary theories on the issue. At the end author attempts to answer the question whether, after a long standing debate, we can conclude anything new with respect to this issue.

Key words: *company, purpose of business operation, gaining profit, shareholder primacy, representation of different stakeholders.*

Јована ВЕЛИЧКОВИЋ, мастер
адвокат у Београду
студент докторских студија Правног факултета
Универзитета у Београду

ПРАВА НЕСАГЛАСНИХ АКЦИОНАРА – ДОСАДАШЊА ИСКУСТВА У ПРАКСИ

Резиме

Чланак се бави анализом досадашњих искустава у примени посебних права несагласних акционара у нашој пословној и судској пракси. Након нешто више од десет година примене овог института, на основу појединачних искустава, могу се уочити основни проблеми који постоје у његовом функционисању. Прво, потребно је преиспитати да ли располагање имовином велике вредности (посматрајући тренутну дефиницију овог појма у нашем праву) треба да спада у круг одлука друштва у односу на које постоје посебна права несагласних акционара. Друго, постоје одређени практични проблеми приликом утврђивања вредности акција која се исплаћује акционарима, јер методе процене нису биле предмет детаљније анализе од стране судова. На крају, у судским поступцима по тужбама несагласних акционара, уочава се одређени образац понашања тужилаца, као и одређена спорна правна питања, која морају бити усклађена са општим правилима парничног поступка. Управо образац понашања акционара приликом састављања тужби и током трајања поступка указује да је потребно размишљати о могућим изменама процедуре остваривања посебних права несагласних акционара у нашем праву.

Кључне речи: *права акционара, несагласни акционар, одлука скупштине, располагање имовином велике вредности, вредност акција, парнични поступак.*

I Увод

Тренутно једно од актуелних питања у америчкој литератури компанијског права јесу поступци покренути од стране несагласних акционара.¹ До скора у америчкој литератури тужбе несагласних акционара су оцењиване као право које се ретко користи и које нема значајну друштвену вредност,² због чега нису ни биле предмет детаљније анализе. Током 2014. и 2015. године појавили су се први радови, засновани на емпиријским истраживањима, у којим је наведено да је у периоду од 2004. до 2013. године уочен повећан број поднетих тужби.³ Међутим, оно што је привукло пажњу није број, нити вредност тужбених захтева, већ идентитет тужилаца у датом периоду. Уочено је да највећи број тужби подносе акционари, тачније инвестициони фондови,⁴ који су купили акције циљне компаније одмах након објаве да ће доћи до статусне промене, претпоставља се са намером да у својству несагласних акционара захтевају исплату акција по вредности која је већа него вредност акције утврђена у поступку припреме статусне промене.⁵ Ова појава добила је назив *appraisal arbitrage* и тренутно се увелико расправља да ли овакво поступање представља злоупотребу института посебних права несагласних акционара.⁶ У овом тренутку одговор литературе је да у оваквом поступању нема злоупотребе јер подстиче утврђивање фер вредности акција,⁷ али је појава професионалних несагласних акционара била довољна да се преиспита постојећа регулатива заштите не-

1 Посебно интересовање за овај институт настало је услед повећаног броја тужби које поднесе несагласни акционари и то почев од 2011. године, па надаље, те се тренутно расправља о могућем узроку већег броја предметних тужби и да ли евентуално постоје злоупотребе овог института. Charles R. Korsmo, Myers Minor, „The Structure of Stockholder Litigation: When Do the Merits Matter“, *Ohio St. LJ*, бр. 75/2014, 879; Charles R. Korsmo, Myers Minor, „Appraisal Arbitrage and the Future of Public Company M&A“, *Washington University Law Review*, Volume 2, Issue 6, 2015, 1553, 1556, 1567.

2 K. Charles, M. Myers (2014), 834, 835.

3 У том периоду у држави Delaware поднето је 139 тужби несагласних акционара против јавних друштава, а укупна вредност тужбених захтева само у 2013. години износила је 1,5 билион долара. K. Charles, M. Myers (2014), 879; K. Charles, M. Myers (2015), 1553, 1576.

4 Два најчешћа тужиоца су Merion Capital и Verition Fund. K. Charles, M. Myers (2015), 1574, 1575.

5 K. Charles, M. Myers (2015), 1553.

6 Видети: Jonathan Kalodimos, Clark Lundberg, Shareholder Rights in Mergers and Acquisitions: Are Appraisal Rights Being Abused?, 2017, Finance Research Letters, Forthcoming, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2894434>, 16.03.2017; Jetley Gaurav, Ji Xinyu, „Appraisal Arbitrage - Is There a Delaware Advantage?“, *The Business Lawyer*, Vol. 71, 2016.

7 J. Kalodimos, C. Lundberg, 9; Christopher Kephart, An Analysis of When the Merger Price is the Best Representation of Fair Value in an Appraisal Action, 2015, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2687348>, 20.3.2017, 3-4.

сагласних акционара. У нашем праву посебна права несагласних акционара први пут прописана су Законом о привредним друштвима из 2004. године.⁸ Само неколико година након почетка примене овог института у пракси од стране пословне јавности уочено је да постоји одређена група физичких и правних лица која купују акције добростојећих јавних друштва, да би након тога убрзо користила права несагласних акционара, најчешће у случају располагања имовином велике вредности (дакле сличан образац понашања који је недавно уочен у САД). У том погледу, након нешто више од деценије примене посебних права несагласних акционара у нашој пословној и судској пракси може се дати прелиминарни закључак, да ли и на који начин овај институт функционише у нашем праву (заснован на појединачним искуствима, с обзиром на чињеницу да још увек нису спроведена званична истраживања).

II Појам, сврха и основна обележја права несагласних акционара

Посебна права несагласних акционара могу се дефинисати као право сваког акционара који није сагласан са доношењем одлуке скупштине друштва, а на основу које ће доћи до суштинске промене у друштву,⁹ да у случају усвајања такве одлуке од друштва захтева откуп акција по фер вредности, која подлеже судској контроли.¹⁰ Додатно, у литератури се посебна права несагласних акционара дефинишу и као право мањинских акционара на излазак из друштва¹¹ и у том смислу као један од начина решавања сукоба између мањинских и већинских акционара који може настати у процесу доношења одлука у друштву (други агенцијски проблем).¹² По-

8 Види: Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 и 36/2011 – др. закон, чл. 444-446.

9 У енглеском језику користи се термин „*fundamental change*“ и представља кључну карактеристику домена примене права несагласних акционара. У теорији под појмом суштинска промена убрајају се промене статута, статусне промене, промене правне форме, располагање имовином друштва, издавање акција, промена седишта, ликвидација. Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Mariana Pargendler, Wolf-Georg Ringe, Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2009, 184,185.

10 Maleka Femida Cassim, „The Introduction of the Statutory Merger in South African Corporate Law: Majority Rule Offset by the Appraisal Right (Part 1)“, *South African Mercantile Law Journal*, 2008, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2774162>, 21.3.2017, 19.

11 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, 328.

12 Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Удружење правника у привреди Србије, Београд 2013, 96.

себна права несагласних акционара настала су у САД у 19. веку као резултат компромиса. Наиме, пре настанка овог института за доношење одлука у друштву била је неопходна сагласност свих акционара. У том погледу, свака значајна промена без обзира колико би била неопходна и корисна за компанију, могла је бити спречена од стране само једног акционара.¹³ У намери да омогући функционисање компанија, али и да истовремено заштити мањинске акционаре, амерички законодавац је дозволио да суштинске промене у друштву могу бити изгласане и од стране већине акционара, али да у том случају акционари који се противе таквој одлуци имају право да од друштва захтевају откуп акција по фер утврђеној вредности.¹⁴ Имајући у виду наведено права несагласних акционара имају две функције, а то су да суштинске промене у друштву могу бити донете одлуком већине, чиме се омогућава лакше функционисање друштва и да се због тога мањинским акционарима пружи адекватна компензација за губљење права вета на доношење одлука.¹⁵ Три кључне карактеристике чине основну структуру посебних права несагласних акционара. То су одлуке скупштине друштва које представљају домен примене права несагласних акционара, затим на који начин се утврђује вредност акција и у ком тренутку се врши исплата акционарима.¹⁶ У нашем праву посебна права несагласних акционара уређе-

13 K. Charles, M. Myers (2014), 859.

14 K. Charles, M. Myers (2015), 1558.

15 Pierce G. Hand, *Using the Absurdity Principle & Other Strategies Against Appraisal Arbitrage by Hedge Funds*, 2016, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2819679>, 18.3.2017, 3.

16 У америчком праву тренутно постоје два модела уређења посебних права несагласних акционара. Први модел је прописан у Model Business Corporation Act, а други у компанијском закону државе Delaware (General Corporation Law). Види: Mary Siegel, „An Appraisal of the Model Business Corporation Act’s Appraisal Rights Provisions“, *Law and Contemporary Problems*, бр. 74/2011, доступно на адреси: <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol74/iss1/19>, 20.3.2017, 231, 232. Два модела посебних права несагласних акционара у америчком праву разликују се управо по уређењу конститутивних елемената овог права. Наиме, Model Business Corporation Act прописује да акционари имају право да од друштва захтевају исплату акција у случају статусних промена, промена правне форме, размене акција, располагања имовином друштва и у случају измена статута друштва. Са друге стране, Delaware General Corporation Law прописује да је откуп акција могуће захтевати само у случају статусних промена. Оба модела прописују да се исплаћује фер вредност акције, али различито уређују тренутак у коме се врши исплата. Model Business Corporation Act прописује да се најпре врши исплата вредности акција коју утврди друштво, а касније уколико акционар није задовољан утврђеном и исплаћеном вредности може, прво да захтева од друштва исплату веће вредности акција, а затим уколико друштво не пристане да исплати додатну вредност, акционар може у одређеном року да покрене судски поступак у коме ће захтевати исплату разлике вредности акција која буде утврђена од стране суда. Delaware General Corporation Law прописује да уколико акционар не

на у члану 474-476. Закона о привредним друштвима (у даљем тексту: ЗПД).¹⁷ ЗПД регулише следећа питања која се односе на посебна права несагласних акционара 1) домен примене института (у односу на које одлуке скупштине је могуће захтевати откуп акција),¹⁸ 2) поступак и рокови за остваривање права, укључујући и начин утврђивања вредности акција која се исплаћује акционарима¹⁹ и 3) судска заштита права.²⁰ У досадашњој примени посебних права несагласних акционара показало се да две критичне тачке постојеће регулативе јесу прешироко одређен домен примене и недовољно дефинисан начин утврђивања вредности акција која се исплаћује акционарима. Када се овим проблемима прикључе и споредни проблеми, који истина не задиру у саму суштину института, али које је такође потребно решити, основано се може поставити питање да ли су права несагласних акционара адекватно уређена, последично да ли су компаније у нашем праву превише изложене тужбама несагласних акционара и да ли по том питању треба размишљати о променама закона. У наставку биће речи о појединачним проблемима у примени права несагласних акционара, а који су уочени у судској пракси.

III Домен примене

Полазећи од општих правила да члан друштва не може захтевати повраћај улога,²¹ нити може по слободном нахођењу захтевати откуп акција од друштва, изводи се закључак да одредба закона којом се одређује домен примене права несагласних акционара, као изузетак од наведених правила, треба да буде веома јасно одређена.²² ЗПД у члану 474. став 1 прописује да акционар може тражити од друштва да откупи његове ак-

буде задовољан вредношћу акција коју понуди друштво и по том основу акционар покрене поступак против друштва, исплата акција уследиће тек након окончања судског поступка. Види: Амерички закон о привредним друштвима (Model Business Corporation Act) из 2016. године, чл. 13.02(а) и 13.24, Компанијски закон државе Delaware (Delaware General Corporation Law) из 2001. године, чл. 262.

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

18 ЗПД, чл. 474.

19 ЗПД, чл. 475.

20 ЗПД, чл. 476.

21 ЗПД, чл. 60. Акционар од друштва може захтевати откуп акција само у два случаја, то су остваривање права несагласних акционара и принудни откуп акција из чл. 522. ЗПД (уколико изуземо посебна права имаоца преференцијалних акција из чл. 254. ЗПД).

22 Како би на првом месту служила остварењу циља због којег постоје посебна права несагласних акционара.

ције ако гласа против или се уздржи од гласања за одлуку о промени статута друштва којом се умањују његова права предвиђена статутом или законом, одлуку о статусној промени, одлуку о промени правне форме, одлуку о промени времена трајања друштва, одлуку којом се одобрава стицање, односно располагање имовином велике вредности, одлуку којом се мењају његова друга права, ако је статутом одређено да акционар из тог разлога има право на несагласност и на накнаду тржишне вредности акција у складу са овим законом и одлуку о повлачењу једне или више класа акција са регулисаног тржишта, односно мултилатералне трговачке платформе у смислу закона којим се уређује тржиште капитала. На основу одредбе закона којом се уређује домен примене посебних права несагласних акционара у нашем праву на први поглед чини се да не може бити спорно у којим случајевима се овај вид заштите акционара примењује. Међутим, у пракси се показало да то није увек случај. Наиме, највећи проблеми постоје у случају када друштво располаже имовином велике вредности,²³ тачније када заправо таквог располагања нема, али акционари тврде да је друштво располагало имовином која представља имовину велике вредности у смислу члана 470. ЗПД и то без одлуке скупштине којом се конкретно располагање одобрава.²⁴ У том погледу јасно је да када нема одлуке скупштине, не постоји могућност да акционари изразе своју сагласност или несагласност, па самим тим ни да користе законом прописана права несагласних акционара. Сматрајући да су оваквим поступањем друштва оштећени, односно да им је онемогућено да користе права која им припадају, акционари подносе тужбу против друштва којом захтевају да суд утврди да је у конкретном случају друштво располагало имовином велике вредности и да по том основу суд обавезе друштво да од акционара откупе акције по одређеној цени. Поред наведеног, у пракси се показало да је располагање имовином велике вредности споран основ за примену права несагласних акционара у нашем праву, из разлога јер се појам имовине велике вредности, како је тренутно дефинисан у нашем праву, не може поистоветити са појмом „суштинске промене у друштву“, што је неопходан услов да би један догађај у друштву оправдао

23 Под појмом имовине велике вредности у нашем праву подразумева се имовина која достиже 30% или више од књиговодствене вредности укупне имовине друштва исказане у последњем годишњем билансу стања, без обзира да ли у питању имовина коју друштво стиче или отуђује. Види: чл. 470. ЗПД.

24 Стицање, односно располагање имовином велике вредности може се спровести ако то стицање, односно располагање претходно или накнадно одобри скупштина, $\frac{3}{4}$ већином гласова. Види: чл. 470. ст. 6 и чл. 471. ст. 4.

примену права несагласних акционара.²⁵ Наиме, институт располагања, односно стицања имовине велике вредности у нашем праву је прешироко дефинисан (у смислу односа појма суштинске промене и прага од 30% књиговодствене вредности, који је за ту сврху очигледно прениско дефинисан), па у пракси готово свако закључење кредита или посла веће новчане вредности представља располагање за које је потребно одобрење скупштине друштва. Када се прешироко одређеном појму имовине велике вредности прикључе и одредбе закона о повезаном стицању²⁶ и изузетку који се односи на располагање у оквиру редовног пословања,²⁷ онда већ прешироко одређен појам имовине велике вредности може бити предмет и различитог тумачења што додатно ствара проблеме у примени самог института располагања, односно стицања имовине велике вредности, а последично и у примени посебних права несагласних акционара.²⁸ Већ сама чињеница да између акционара и друштва може бити спорно да ли одређени правни посао представља располагање имовином велике вредности или недовољно говори о томе да је потребно преиспитати потребу да се посебна права несагласних акционара примењују у случају располагања имовином велике вредности како је она дефинисана у постојећој регулативи. Када се располагање имовином друштва прописује као основ за примену права несагласних акционара потребно је имати у виду да само значајно располагање, које директно и несумњиво утиче на пословање друштва требало би да представља основ за примену посебних права несагласних акционара, јер је једино овакав приступ у складу са функцијом права несагласних акционара.²⁹ Такође, уколико постоји

25 Види: Norman D. Lattin, *Minority and Dissenting Shareholders' Rights in Fundamental Changes*, 23 *Law and Contemporary Problems* 307-324, 1958, доступно на адреси: <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol23/iss2/8>, 21.3.2017, 309.

26 У чл. 470. ст. 5 ЗПД прописано је да једним стицањем, односно располагањем, у смислу става 1. овог члана, сматраће се и више повезаних стицања, односно располагања извршених у периоду од годину дана, при чему се као време настанка узима дан извршења последњег стицања, односно располагања.

27 У чл. 470 ст. 3 ЗПД прописано је да неће се сматрати стицањем, односно располагањем имовином велике вредности куповина или продаја имовине која је извршена у оквиру редовног пословања друштва.

28 Најчешће када постоји спор између друштва и акционара да ли је друштво располагало имовином велике вредности или не, реч је о повезаним располагањима, на пример уколико прибављање кредита представља имовину велике вредности, да ли је у том случају за заснивање хипотеке или залоге којом се обезбеђује кредит такође потребно одобрење скупштине или, на пример, да ли је одобрење потребно и за уговоре којим се набављају основна средства за која је кредит одобрен.

29 J. Kalodimos, C. Lundberg, 1.

спор између акционара и друштва по питању да ли је друштво располага-ло имовином велике вредности потребно је имати у виду следеће. ЗПД у члану 472. прописује правне последице повреде одредаба о располагању имовином велике вредности, а то су поништај правног посла или радње које није одобрено од стране скупштине и грађанско-правна одговорност директора друштва за штету која настане у случају да располагање имовином велике вредности није одобрено од стране скупштине друштва. Акционари не би могли да тужбом захтевају утврђење чињенице да је друштво располагало имовином велике вредности и по том основу принудни откуп акција. Оба дела тужбеног захтева су недозвољена. Први део тужбеног захтева којим се тражи утврђење чињенице да је располагано имовином велике вредности је недозвољен смислу члана 194. Закона о парничном поступку, који прописује да је тужбом могуће захтевати утврђење чињенице само када је то законом прописано.³⁰ Са друге стране, тужбени захтев за откуп акција је недозвољен у смислу одредби ЗПД, јер би се тиме обесмислила читава процедура остваривања права несагласних акционара, а која се између осталог заснива и на преклузивним роковима, јер уколико нема одлуке скупштине није могуће реализовати пописану процедуру остваривања права несагласних акционара.³¹ Дакле, код садашњег уређења института имовине велике вредности, а посебно правних последица непостојања одлуке скупштине којом се одобрава располагање имовином велике вредности, чини се да располагање имовином велике вредности представља сувишан основ за примену посебних права несагласних акционара јер су злоупотребе права могућа у оба смера. Наиме, привредна друштва у односу на одређене правне послове које им нису од великог значаја и за која могу да ризикују да буду поништени, а која би можда требало да се подвргну примени правила о располагању имовином велике вредности, могу бирати да одобрење скупштине изостане како не би дошло до примене права несагласних акционара. Са друге стране, акционари увек могу поднети тужбе против друштва тврдећи да је у конкретном случају дошло о располагања имовином велике вредности и на тај начин вршити притисак на друштво, макар у смеру постизања судског поравнања, јер друштво по правилу не може са сигурношћу знати какав би био исход поступка и може пристати да исплати одређени износ акционарима како би они одустали од даљег поступка. Без обзира

30 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

31 ЗПД, чл. 475, 476.

да ли би судска пракса прихватила или одбијала овакве тужбе акционара, један од наведена два вида злоупотребе би свакако постојала.³²

IV Утврђивање вредности акција која се исплаћује

Поред домена примене посебних права несагласних акционара, следеће питање које у значајној мери структурише садржину овог права јесте вредност акција која се исплаћује несагласним акционарима и начин на који се она утврђује.³³ У нашем праву првобитно решење је било да се несагласним акционарима исплаћује тржишна вредност акција,³⁴ док је важећим законом прописано да је друштво у обавези да несагласним акционарима исплати највишу од следећих вредности акција: тржишна, проценена или књиговодствена вредност акција.³⁵ Чланом 475. став 1 тачка 2) је прописано да друштво има обавезу да све три наведене вредности акција утврди на дан доношења одлуке о сазивању седнице скупштине. У том смислу, први проблем који се у пракси појавио приликом утврђивања вредности акција која се исплаћује несагласним акционарима настао је због поменуте одредбе члана 475. став 1 тачка 2) ЗПД. Наиме, када је реч о акционарским друштвима одлуку о сазивању редовне или ванредне седни-

32 На крају када је реч о домену примене права несагласних акционара потребно је указати да промена статута такође може бити спорна. Наиме, иако је законодавац сузео врсту измене статута које представљају основ за примену посебних права несагласних акционара, акционар увек може тврдити да одређена одредба утиче на његова права, као што је било примера у пракси, на пример у случају промене делатности друштва. У овим случајевима судови су одбијали захтеве. Види: Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 9332/2010 од 5.5.2011. године где се наводи: „Правилно налази првостепени суд да променом власничке структуре, као и навођењем у оснивачком акту да је делатност друштва гајење жита и других усева и засада, нису погођена права тужилаца, а посебно имајући у виду да у току поступка тужиоци нису доказали да је било којом одлуком скупштине, а за коју су приликом гласања били уздржани, дошло до промене њихових оснивачких права која би умањила или спречила остварење њихових права“. У том погледу, измена статута представља још један неодређен основ примене права несагласних акционара који би у будућности требало прецизирати, а како би се смањила могућност спорова између друштва и акционара по том питању.

33 Дилема која постоји јесте да ли акционарима треба исплатити тржишну вредност појединачне акције или вредност акција која је заснована на процени вредности компаније као целине. М. Siegel, 247. Поводом ове дилеме углавном се истиче да фер вредност акције није увек једнака тржишној вредности због чега несагласним акционарима треба исплатити вредност акције која одговара вредности компаније као целине. Вид.: Richard A. Booth, *Minority Discounts and Control Premiums in Appraisal Proceedings*, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=285649>, 19.3.2017,1.

34 ЗПД (2004) чл. 444.

35 ЗПД, чл. 475. ст. 3.

це скупштине по правилу доноси одбор директора, који предлаже и дневни ред седнице скупштине која се сазива.³⁶ Уколико друштво има одбор директора,³⁷ одлука о сазивању скупштине друштва и дневни ред седнице која се заказује, доноси се на седници одбора директора. Посматрано из угла праксе јасно је припреме за седницу одбора директора почињу раније, у зависности од сложености питања о којим је потребно донети одлуку, због чега саме припреме за седницу одбора директора могу трајати дужи временски период. ЗПД не регулише поступак и трајање припреме за седницу одбора директора, већ само прописује да између дана одржавања седнице одбора и дана пријема позива за седницу одбора директора не може протећи више од осам дана.³⁸ У том смислу неспорно је да одбор директора мора контактирати стручно лице,³⁹ које треба да утврди вредност акција, одређени временски период пре одржавања седнице одбора јер процена вредности акција мора бити доступна одбору на дан одржавања седнице како би се донела одлука о утврђивању вредности акција. Имајући у виду наведено, стручна лица процену вредности акција у већини случајева израђују на основу чињеничног стања који постоји пре датума одржавања седнице одбора директора на којој се доноси одлука о сазивању седнице скупштине. На основу свега наведеног закључује се да је законодавац као датум пресека чињеничног стања на основу којег се утврђује вредност акција за потребе остваривања несагласних акционара одредио будући датум, што свакако није добро решење. Одређивање будућег датума као датума пресека са којим се утврђује вредност акција није адекватан јер је стручним лицима веома тешко да одреде будућу вредност компаније. У том погледу скоро све процене капитала друштава које су вршене за потребе остваривања права несагласних акционара и које се могу срести у пракси, датирају пре дана доношења одлуке о сазивању седнице скупштине. Због тога, сасвим очекивано у судским поступцима такве процене се оспоравају јер наводно нису урађене у складу са ЗПД, односно у складу са временском одредницом коју је закон одредио као дан пресека чињеничног стања за утврђивање вредности акција за потребе остваривања права несагласних акционара. Имајући у виду овакво стање ствари, спорну одредбу члана 475. став 1 тачка 2) не треба тумачити језички, већ и у складу са другим одредбама ЗПД, односно на начин да процена вредности акција која се утврђује за потребе остваривања права несагласних акционара треба да буде

36 ЗПД, чл. 336, 365, 372.

37 У смислу чл. 383 ЗПД.

38 ЗПД, чл. 403.

39 ЗПД, чл. 63.

важећа на дан када се доноси одлука о сазивању седнице скупштине, иако је сама процена израђена раније. Овакво тумачење је у складу са чланом 259. ЗПД којим је прописано да тржишна односно процењена вредност акција утврђена у складу са чланом 51. ЗПД важи три месеца од дана утврђивања вредности и да мора бити важећа на дан доношења одговарајуће одлуке скупштине ако се тржишна вредност утврђује за потребе доношења те одлуке. Дакле, аналогном применом члана 259. ЗПД дошли бисмо да закључка да вредност акција за потребе остваривања права несагласних акционара може бити утврђена и пре датума доношења одлуке о сазивању скупштине, али да вредност мора бити важећа на тај дан. Такође, имајући у виду да члан 259. ЗПД као кључни тренутак када процена вредности акција мора бити важећа узима датум одржавања седнице скупштине на којој се доноси одлука за чије потребе је утврђена вредност акција, алтернативно члан 259. ЗПД би се могао тумачити на начин да између дана израде процене вредности акција и дана одржавања седнице скупштине на којој се одлучује о неком питању које може активирати права несагласних акционара не сме да прође више од три месеца. Оба тумачења су у складу са потребама праксе, за разлику од језичког тумачења члана 475. став 1 тачка 2) ЗПД. Следећи проблем који постоји код утврђивања вредности акција јесу методи који се примењују приликом утврђивања вредности. Методи утврђивања вредности акција свакако спадају у домен економско-финансијске струке, а не права. ЗПД је у члану 259. дефинисао појам и основне смернице за утврђивање тржишне вредности акција, док процењену вредност и књиговодствену вредност акција није дефинисао, па самим тим ни одредио смернице за њихово утврђивање. Када је реч о процењеној вредности акција, на основу члана 259. ЗПД проистиче да законодавац под појмом процењене вредности акција подразумева замену за тржишну вредност у ситуацији када акције одређеног друштва нису ликвидне. Дакле, процењена вредност акција би требало да буде једнака вредности која се за акцију може добити на тржишту.⁴⁰ Када је реч о књиговодственој вредности ак-

40 М. Васиљевић (2013), 274. Међутим, постоје и другачија мишљења која се заснивају на погрешном тумачењу упућујуће одредбе члана 475. ЗПД на члан 51. ЗПД: „Процена вредности из члана 51. садржи опис сваке ствари, односно права који чине неновчани улог, као и изјаву да је процењена вредност најмање једнака номиналној вредности акција које се стичу, у смислу члана 52. став 1. тачка 1. и тачка 3. закона. Неновчани улози могу бити у стварима и правима, ако законом за поједине форме друштва није другачије одређено, који се, као и новчани, изражавају у динарима, према члану 45. став 1. и став 3. Закона. Тако уписани улози чланова друштва у друштво чине основни (регистровани) капитал друштва. Из цитираних одредби произилази да се процењена вредност акција утврђује према вредности улога у друштво, који улози чине основни капитал друштва.“ Одговори на

ција, коју ЗПД први пут помиње тек у члану 475., она се у литератури углавном дефинише као вредност нето имовине друштва изражене по једној акцији.⁴¹ Методе утврђивања вредности акција и уопште капитала привредног друштва јесу стручне теме из домена економије, које су изван знања судија и пуномоћника који учествују у поступцима по тужбама несагласних акционара. Међутим, без обзира на ову неспорну чињеницу неки минимални консензус око адекватности примењених метода мора постојати. У том погледу, основни проблем који тренутно постоји у овој области је тај што у образложењима одлука судова нема правог објашњења зашто је прихваћен конкретни налаз вештака којим се утврђује вредност акција за потребе остваривања права несагласних акционара. Углавном се паушално наводи да је суд дати налаз и мишљење вештака прихватио као стручан и објективан. Имајући у виду да примењена метода утврђивања вредности акција у највећој мери, ако не и искључиво, утиче на одлуку суда о тужбеном захтеву, судови у будућности морају више посветити пажње конкретним методама које су примењене приликом утврђивања вредности капитала и посебно разлозима који оправдавају примену одређене методе у датом случају.

У Процесно-правна питања

У случају да на основу члана 476. ЗПД дође до покретања судског поступка од стране несагласних акционара, једино питање о којем би у овом поступку требало расправљати јесте да ли је вредност акција која је исплаћена или требало бити исплаћена акционарима адекватно утврђена.⁴² Међутим, није у свим поступцима по тужбама несагласних акционара спорно једино ово чињенично питање. Наиме, у случају који је поменут на почетку рада, када акционари подносе тужбе против друштва јер сматрају да је друштво располагало имовином велике вредности без одлуке скуп-

питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 26.11.2014. и 27.11.2014. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 3.12.2014. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 4/2014.

- 41 Златко Стефановић, Бојан Станивук, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2012, 475.
- 42 Што је случај и у америчком праву. У том погледу се наводи да ограниченост предмета спора доводи то тога да покретање поступка није последица злоупотребе права од стране несагласних акционара. К. Charles, М. Myers (2014), 866; Konstantinos Alexandris Polomarkakis, *Appraisal rights: United states of America and European union study*, Governance Lab, 2014, доступно на адреси: <http://www.governancelab.org>, 18.3.2017, 5. К. Charles, М. Myers, (2015), 1586.

штине и по том основу од друштва захтевају откуп акција, у поступку се појављује неколико спорних чињеничних и правних питања о којима је претходно било речи. Такође, у неким од ових случајева акционари тужбом обухватају не само друштво већ и контролне акционаре, а на основу тврдње да је располагањем имовине без одлуке скупштине, нанета штета тужиоцу, па поред захтева за откуп акција, акционари у истом поступку такође истичу и захтев за накнаду штете на основу члана 78. ЗПД.⁴³ Додатно, постоје случајеви у којима акционари истичу солидарни захтев за откуп акција и накнаду штете, према друштву и контролном акционару. Уколико изузмемо ове сложеније случајеве, у пракси је уочено да први проблем са којим се друштво сусреће већ на почетку поступка јесте садржина тужбе несагласног акционара. Наиме, врло често несагласни акционари подносе тужбе без образложења и доказа који су приложени уз тужбу, а у тужби се само наводи да тужилац (несагласни акционар) сматра да друштво није правилно утврдило вредност акција.⁴⁴ За сада судови углавном не санкционишу овакве тужбе несагласних акционара, коју праксу би било пожељно променити у будућности. Имајући у виду да несагласни акционари заштиту својих права остварују у парничном поступку, у овим поступцима потребно је водити рачуна и о општим правилима парничног поступка, па самим тим и одредби Закона о парничном поступку која прописује обавезну садржину тужбе.⁴⁵ Чињеница да акционари подносе неуредне тужбе, које не садрже ни минимум образложења чињеничног основа због којег сматрају да друштво није правилно утврдило вредност акција доводи у сумњу адекватност уређења заштите права мањинских акционара.⁴⁶ У том погледу, уколико судска пракса не буде санкционисала неуред-

43 ЗПД, чл. 78: Члан друштва може поднети тужбу против лица из члана 61. овог закона за накнаду штете коју му то лице проузрокује повредом посебних дужности према друштву.

44 У првим поступцима који су били покренути од стране несагласних акционара дешавало се да акционари чак ни не одреде висину тужбеног захтева, по ком основу су судови одбацивали тужбе. Види: Решење Привредног апелационог суда, Пж. 1753/2013 од 21.3.2013. године. Тренутно, можда оваквом поступању доприноси и сам члан 476. ЗПД у коме стоји да акционар може поднети тужбу уколико само сматра да друштво није правилно утврдило вредност акција која му је исплаћена.

45 Члан 191. Закона о парничном поступку гласи: „Тужба мора да садржи одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, чињенице на којима тужилац заснива захтев, доказе којима се утврђују ове чињенице, вредност предмета спора, као и друге податке које мора имати сваки поднесак“ (члан 98).

46 Одредбе о судској заштити права несагласних акционара представљају једину ситуацију за коју ЗПД у случају спора око утврђене вредности акција прописује директну заштиту у парничном поступку. Наиме, у случају да постоји спор око утврђене вредности акција приликом

не тужбе несагласних акционара у некој од будућих реформи закона требало би размишљати о изменама процедуре за заштиту права несагласних акционара. Наиме, у процедуру остваривања права несагласних акционара може се увести обавеза акционара који није сагласан са вредношћу акција која је утврђена од стране друштва, да се пре покретања судског поступка обрати друштву са захтевом за исплату веће вредности акција. Тек уколико друштво и акционар не постигну сагласност око тачне вредности акција, несагласни акционар може покренути парнични поступак против друштва и захтевати исплату веће вредности акција. У том погледу у потенцијалним изменама закона, могло би се прописати да током претходне фазе поступка (која би трајала ограничени временски период) акционар има

принудног откупа или куповине акција, предвиђено је да се провера утврђене вредности врши у ванпарничном поступку. Види: ЗПД, чл. 522, 523. Постоје мишљења да ово није целисходно решење: „Да су овлашћења суда у ванпарничном поступку, који је прописан чланом 521. Закона о привредним друштвима, сведена само на испитивање примерености цене, указује и последњи став овог члана да захтев акционара, чије су акције биле предмет откупа за исплату разлике, застарева у року од 3 године од дана правноснажности одлуке суда којом је утврђена вредност акција, које су биле предмет принудног откупа. Из ове одредбе произилази да тај акционар може водити посебан парнични поступак за исплату разлике, након правноснажности одлуке суда о утврђеној вредности акција, ако средства откупилац не депонује на посебан рачун у року од 30 дана од дана правноснажности одлуке, и то против откупиоца или друштва, које постаје неограничено солидарно одговорно за исплату разлике, ако откупилац пропусти да депонује разлику. Наведено тумачење се примењује и код остварења права на продају акција, које право је прописано чланом 522. Закона о привредним друштвима, јер је на исти начин регулисано вођење ванпарничног поступка ради испитивања примерености цене акција, а тек након правноснажности одлуке суда у том ванпарничном поступку. начин остварења захтева акционара за исплату утврђене разлике. Остаје нејасно због чега се законодавац определио за овакво решење, према коме преостали мањински акционари морају водити два посебна поступка и то један ванпарнични за испитивање примерености цене акција, које су предмет принудног откупа или принудне продаје, а затим и парнични поступак за исплату утврђене разлике, што изазива и непотребне трошкове за вођење ових судских поступака. Стога би одговор на постављено питање гласио да суд нема овлашћење да обавезе противника предлагача да разлику између утврђене цене акција и исплаћене цене исплати предлагачу, а уколико је предлагач поставио захтев за исплату разлике, у том делу ће предлог бити одбачен.“ Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 3.11.2015., 4.11.2015. и 26.11.2015. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 30.11.2015. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 4/2015. У ова два случаја такође је довољно да акционари само сматрају да вредност акција није добро утврђена да би се тачност процене вредности акција проверила у ванпарничном поступку, што је прихватљиво решење, за разлику од остваривања права несагласних акционара која се штите у парничном поступку.

право да од друштва захтева објашњење на који начин је утврђена вредност акција, док би акционар са друге стране могао да пружи доказе који указују да процена друштва није адекватна и по том основу право да захтева исплату веће вредности акција. Претходни корак у поступку остваривања права несагласних акционара би имао значај у смислу да би вероватно довео до смањеног броја поднетих тужби, јер се некада у судским поступцима испостави да су акционари сматрали да је друштво произвољно утврдило вредност акција, не знајући да су за ту сврху друштво ангажовало стручна лица, а самим тим да су без разлога поднели тужбу. У том смислу претходно обраћање друштву би служило да се акционари боље информишу и да утврде да ли заиста има разлога за покретање судског поступка. Што се тиче самог поступка по тужбама несагласних акционара, када је спорна само утврђена вредност акција, јасно је да важну улогу у поступку имају судски вештаци који треба да утврде која је то права вредност акција која треба да буде исплаћена несагласним акционарима. Поред свих проблема који су већ поменути, а који се односе на начин утврђивања вредности акција потребно је указати и на следеће. Наиме, нису ретки случајеви да је вредност акција коју је друштво исплатило акционарима утврђена од стране ревизорске куће. Када дође до покретања судског поступка суд за вештака у конкретном случају именује лице (судског вештака) које има мање квалификације у односу на лице које је претходно вршило процену за друштво. Овакво поступање није супротно закону, јер суд за вештака може да именује било које лице које се налази у регистру судских вештака, али је супротно општој логици. Дакле, уколико акционари већ оспоре вредност акција која је утврђена од стране квалификованих лица, онда „контролно“ вештачење треба да врши лице које има најмање једнаке квалификације као и лице које је већ вршило процену капитала одређеног привредног друштва.⁴⁷ На крају, у поступцима по тужбама несагласних акционара постоје два додатна спорна питања везана за одредбу члана 476. став 4 ЗПД. Наиме, члан 476. став 4 ЗПД прописује да ако суд правноснажном пресудом донетом у поступку по тужби из става 1. овог члана обавезе друштво да несагласном акционару исплати разлику до пуне вредности акција, односно пуну вредност акција, друштво је у обавези да свим другим несагласним акционарима исте класе акција призна и исплати исту вредност акције, независно од чињенице да ли су ти акционари поднели тужбу из става 1. овог члана. На први поглед чини се да члан 476 став 4

47 Уколико је вредност акција процењена од стране овлашћеног ревизора или ревизорске куће (у смислу члана 2. Закона о ревизији, *Службени гласник РС*, бр. 62/2013), онда контролно вештачење треба да буде извршено од стране лица које има исти статус.

ЗПД представља један од изузетака од општег правила да пресуда има дејство само између парничних странака (субјективне границе правноснажности пресуде) из члана 360. Закона о парничном поступку,⁴⁸ међутим није тако. Заправо реч је о хоризонталном (директном) дејству пресуде, јер је реч о проширењу дејства пресуде на трећа лица, а не о томе да се правна снага пресуде проширује на правни однос између странака и трећих лица.⁴⁹ Члан 476. став 4 ЗПД је приликом доношења закона изазвао доста пажње, али без разлога, јер суштински нема практични значај. Одредба члана 476. став 4 ЗПД нема практични значај, јер иако је ЗПД прописао директно дејство пресуде и на друге несагласне акционаре, ти акционари не би могли да пресуду искористе као основ за покретање извршног поступка против друштва.⁵⁰ Све наведено потврђује и сам ЗПД који у члану 476. став 5 прописује да уколико друштво несагласним акционарима који нису учествовали у поступку не исплати износ досуђен пресудом, сваки несагласни

48 Александар Јакшић, *Грађанско-процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, 5. издање, 496. Члан 360. став 2 Закона о парничном поступку гласи: „Правноснажна пресуда делује и према трећим лицима због природе спорног права или правног односа, правног односа који постоји између странака и трећих лица или ако је то прописано законом“.

49 А. Јакшић, 496.

50 Једно од основних правила извршног поступка, прописано у члану 47. Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015 и 106/2016 – аутентично тумачење, каже да је у случају покретања поступка на основу извршне исправе, односно пресуде потребно да постоји једнакост идентитета извршног повериоца који је назначен у извршној исправи и предлогу за извршење (начело формалног легалитета). Види: Боровоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско-процесно право*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд, 2015, 585, 579. У случају да несагласни акционар жели да покрене извршни поступак на основу пресуде која је донета по тужби неког другог несагласног акционара, у предлогу за извршење на основу кога би се покренуо извршни поступак и извршној исправи не би постојао идентитет извршног повериоца, јер пресуда не гласи на извршног повериоца, због чега би суд одбио предлог за извршење. Закон о извршењу и обезбеђењу у члану 48. прописује могућност да се извршни поступак покрене и од стране лица које није у извршној или веродостојној исправи означен као поверилац, али само у случају када дође до прелаза потраживања, односно обавезе из извршне или веродостојне исправе. Ситуација која је регулисана чланом 476. став 4 ЗПД не представља прелаз потраживања. Суштински, обавеза друштва да у складу са чланом 476. став 4 ЗПД и другим несагласним акционарима који нису покренули поступак исплати досуђен износ је обавеза која се заснива на закону, а не извршној исправи. Вид.: члан 1 Закон 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). Имајући у виду врло уско тумачење члана 48. Закона о извршењу и обезбеђењу, јасно је да несагласним акционарима који нису учествовали у поступку, донета пресуда не може бити основ за принудно извршење досуђеног износа. Види: Аутентично тумачење одредбе члана 48. Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 77/16.

акционар може тужбом тражити исплату износа који је утврђен пресудом. Имајући у виду наведено чини се да овако постављена одредба о проширеном дејству пресуде у поступцима по тужбама несагласних акционара могу више штетити акционарима него што им користи, јер могу довести до обрасца понашања које је у теорији познат под називом „позиција слепог путника“, а код којег сваки акционар очекује од другог акционара да покрене поступак, а како би остварио добит без трошкова и уложеног труда.⁵¹ Међутим, без обзира на све претходно наведено, не може се оспорити да ова одредба у одређеним случајевима може имати позитивно дејство, макар у виду неспорног основа за покретање поступка против друштва из члана 476. став 5 ЗПД. Везано за одредбу члана 476. став 4. постоји још једно спорно питање које може настати у пракси. Наиме, уколико након покретања поступка друштво и несагласни акционари који су покренули поступак закључе судско поравнање, да ли би у том случају друштво на основу члана 476. став 4 ЗПД било у обавези да другим несагласним акционарима исплати износ који је договорен у судском поравнању. Члан 337. Закона о парничном поступку прописује да судско поравнање има исто дејство као и судска пресуда. Када законодавац каже да судско поравнање има дејство пресуде, под тиме се подразумева да се поравнањем коначно решава материјално-правни однос између парничних странака и да након тога више није могуће покренути парнични поступак по истом питању (својство правноснажности и извршности).⁵² Постоје два могућа одговора на постављено питање. У случају закључења судског поравнања између друштва и несагласног акционара који је покренуо поступак, дејство поравнања не би требало да се прошири и на трећа лица јер је судско поравнање у једном делу своје правне природе представља уговор између парничних страна.⁵³ У складу са наведеним, у судској пракси постоје мишљења да судско поравнање не може имати дејство на трећа лица.⁵⁴ Такође, језичким тумачењем одредбе члана 476. став 4 ЗПД дошли бисмо до закључка да у случају закључења поравнања између друштва и несагласног акционара, не би постојала обавеза друштва да исти износ исплати и другим не-

51 Мирко Васиљевић, „Стратегија регулативе у решавању првог проблема корпоративног управљања (акционари-управа)“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2009, 8.

52 А. Јакшић, 499.

53 Судско поравнање јесте уговор којим странке регулишу своје односе којима иначе могу слободно располагати, закључен у писаној форми пред надлежним судом, који га допушта у парничном или ванпарничном поступку (Решење Привредног апелационог суда, Пж 631/2015 од 13.5.2015. године).

54 Решење Апелационог суда у Београду, Гж 3498/2013(1) од 4.9.2013. године.

сагласним акционарима који нису покренули поступак, јер закон у овом члану помиње само пресуду како основ за настанак обавезе друштва према другим акционарима. Са друге стране, уколико се узме у обзир да судско поравнање има иста дејства као и пресуда, онда би се по том основу могао бранити став да би судско поравнање имало дејства и према другим акционарима који нису покренули поступак. Чини се да се одговор на постављено питање налази у дистинкцији између субјективних граница правоснажности пресуде и хоризонталног дејства пресуде, која је горе наведена. Наиме, Закон о парничном поступку у члану 360. не прописује да пресуда у неким ситуацијама може имати директно дејство на трећа лица. У том смислу члан 476. став 5 ЗПД који прописује хоризонтално дејство пресуде и на несагласне акционаре је институт који није познат у нашем Закону о парничном поступку. Имајући у виду да Законом о парничном поступку није предвиђена ниједна ситуација у којој пресуда може имати директно дејство на трећа лица, последично овај вид деловања пресуде не може постојати ни код судског поравнања, јер када је законодавац прописао да судско поравнање има дејство пресуде, имао је у виду само дејства пресуде која су предвиђена Законом о парничном поступку. Дакле, пошто члан 476. став 4 ЗПД прописује директно дејство пресуде, које није предвиђено општим правилима парничног поступка, судско поравнање као материјално-процесни уговор не може имати директно дејство на трећа лица, односно у случају закључења судског поравнања, акционари који претходно нису покренули поступак не би могли на основу закљученог поравнања да захтевају од друштва износ који је наведен у поравнању.

VI Закључак

На основу појединачних искустава у досадашњој примени права несагласних акционара уочени су поједини проблеми који указују да је можда потребно размишљати о могућим реформама овог института. Када је реч о домену примене посебних права несагласних акционара, у пракси су уочени проблеми који се односе на располагање имовином велике вредности. Наиме, располагање имовином велике вредности је једини основ који спада у домен примене права несагласних акционара који је могуће фактички реализовати без одлуке скупштине.⁵⁵ Због наведеног постоји одређен број тужби у којима акционари тврде да је дошло до рас-

55 Статусну промену, промену правне форме, промена статута, промена времена трајања друштва или повлачење акција са тржишта фактички није могуће реализовати без одлуке скупштине.

полагања имовином велике вредности, без одобрења скупштине, по ком основу у судском поступку захтевају утврђење чињенице да је друштво располагало имовином велике вредности и откуп акција од друштва. У том смислу, привредна друштва су у сталном ризику од подношења тужби од стране акционара јер акционари увек могу тврдити да је друштво располагало имовином велике вредности, без одлуке скупштине, посебно из разлога јер је сам концепт института имовине велике вредност непрецизно дефинисан у закону и подложен је различитом тумачењу. Међутим, све и да је друштво у конкретном случају располагало имовином велике вредности без одлуке скупштине, акционари не би могли од друштва да захтевају откуп акција. У тој ситуацији акционари би могли да тужбом поништавају правни посао располагања имовином друштва и захтевају накнаду штете од директора друштва, јер су последице изостанка одобрења скупштине јасно дефинисане законом. Имајући у виду наведено, располагање имовином велике вредности чини се као сувишан основ за примену права несагласних акционара, јер може бити злоупотребљен како од стране акционара, тако и од стране друштва.

Следећи проблем односи се на поступак утврђивања вредности акција која се исплаћује несагласним акционарима. ЗПД је дан на који је потребно утврдити вредност акција дефинисао као будући датум, због чега треба прихватити тумачење да процене вредности акција које су раније извршене (према чињеничном стању утврђеном на дан пре доношења одлуке о сазивању седнице скупштине), али које су сходно члану 259. ЗПД важеће на дан сазивања седнице скупштине, односно на дан доношења одлуке која може да активира права несагласних акционара, представљају валидан основ за доношење одлуке друштва о вредности акција, последично да судску контролу тачности извршене процене треба вршити према датуму када је процена извршена, а не према датуму када је седница сазвана. Такође, потребно је да судови више обратe пажњу на методе које се примењују приликом утврђивања вредности акција и да свој закључак о прихватању конкретне методе унесу у образложење одлуке. Додатно, потребно је да судови обратe пажњу на садржину тужбе, односно да у складу са Законом о парничном поступку адекватно санкционишу тужбе које не садрже образложење о разлогу због којег акционари сматрају да вредност акција није правилно утврђена од стране друштва. Управо због чињенице да акционари често подносе бланко тужбе, без објашњења говори о томе да у будућим реформама закона треба размотрити да се као обавезан корак у остваривању права несагласних акционара пропише обраћање друштву пре покретања судског поступка. У овом пе-

риоду који би био ограниченог трајања, друштво би акционару предочило документацију на основу које је утврђена вредност акција, а акционар би друштву могао да достави доказе на основу којих би проистичало да вредност акција није правилно утврђена. Тек уколико у датом периоду акционар и друштво не постигну сагласност око вредности акција, акционар би имао право да покрене судски поступак против друштва. Затим, потребно је да судови посебно воде рачуна о односу квалификација лица које је вршило процену акција за рачун друштва и вештака који се именује у поступку за исту сврху.

На крају, још једно спорно питање које поводом покренутог судског поступка може настати јесте да ли у случају закључења судског поравнања између друштва и акционара, постоји обавеза друштва да на основу члана 476. став 4 ЗПД износ наведен у поравнању исплати и акционарима који нису покренули поступак. Имајући у виду да директно дејство пресуде на трећа лица није регулисано Законом о парничном поступку, проистиче да ни судско поравнање не може имати такво дејство, осим уколико би то било изричито предвиђено законом, по ком основу друштво у овој ситуацији не би имало обавезу да другим акционарима исплати износ који је договорен судским поравнањем.

Jovana VELIČKOVIĆ, M.A.

Attorney at law in Belgrade

PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade

THE RIGHTS OF DISSENTING SHAREHOLDERS – THE EXPERIENCES SO FAR

Summary

This article analyses experiences in implementation of the rights of dissenting shareholders in our court and business practice so far. After more than ten years of application of this legal institute in our court and business practice, on the basis of particular experiences, the main problems which arise in process of its implementation have been determined. First, it should be considered whether disposing with high value assets (according to the current regulation of this issue in Serbian law) should be one of the company's decision which triggers the right of dissenting shareholders. Second, there are certain problems in determination of the value of the shares which must be paid to the shareholders, because

se applicable methods were not subject of detailed analysis in court's decisions so far. At the end, in the court proceedings initiated by the dissenting shareholders, it could be noticed a pattern of plaintiff's behaviour, also certain legal issues, which all must be justified with general rule of civil procedure law. Exactly, the pattern of plaintiff's behaviour during preparation of a lawsuit and during the course of the litigation proceedings indicates that certain changes of procedure for the realization of the rights of dissenting shareholders should be considered.

Key words: *shareholder's rights, dissenting shareholder, general meeting of shareholder' decision, disposing with assets of high value, the value of shares, the litigation proceedings.*

СТЕЧАЈНО ПРАВО

Др Љубиша ДАБИЋ,
Професор Економског факултета Универзитета у Београду
E-mail: ljadic@ekof.bg.ac.rs

РЕВИЗИЈА У ПОСТУПКУ УСВАЈАЊА УНАПРЕД ПРИПРЕМЉЕНОГ ПЛАНА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ

Резиме

У стечајном праву Србије постоје две врсте реорганизације: план реорганизације и унапред припремљени план реорганизације – УППР (pre pack). За наш предмет истраживања од значаја је УППР. Да би могли да објаснимо и разумемо ревизију у поступку усвајања УППР било је потребно да у најкраћем објаснимо УППР, појмовно одређење ревизије и њене врсте.

У контексту овог истраживања од посебног значаја је подела ревизије на редовну и ванредну. Редовна произлази из општег закона о ревизији, а ванредна из неког посебног закона, нпр. Закона о стечају, у поступку усвајања УППР. Осим одређених сличности, ове две врсте ревизија се разликују у низу елемената, што их чини посебним.

За потребе спровођења поступка усвајања УППР подносилац плана мора да ангажује ревизора за вршење ванредне ревизије и за састављање ванредног ревизорског извештаја. Предметни извештај представља обавезну законску садржину поднетог УППР пред надлежним стечајним судом.

Ванредна ревизија врши се ради утврђивања евентуалних одступања у односу на стање исказано у пословним књигама стечајног дужника, или ради потврђивања да таква одступања не постоје.

Ванредни извештај независног ревизора је документ који прати УППР и не сме бити старији од 90 дана од дана подношења унапред припремљеног плана суду. Везано за његову садржину, законодавац захтева да

он обухвати преглед свих потраживања поверилаца и процентуално учешће сваког од њих у одговарајућој класи плана реорганизације.

Кључне речи: ванредна ревизија, ванредни извештај ревизора, унапред припремљени план реорганизације

Увод

Током свог пословања привредно друштво може да западне у инсолвентно стање. У упоредном праву прописани су начини решавања, односно превазилажења такве ситуације, са циљем обавезног покушај избегавања отварања и спровођења поступка стечаја (банкротства). Пре спровођења поступка стечаја обавезно се мора учинити покушај спровођења реорганизације, ради избегавања последица које изазива банкротство на имовину дужника, на његове повериоце, али и на запослене код стечајног дужника.

У стечајном праву Србије стечај почива на начелу обезбеђивања најповољнијег намирена поверилаца, утврђујући два могућна правца ка остварењу тог циља: 1) план реорганизације – у случају када је опоравак стечајног дужника могућ¹ и 2) банкротство – у случају када опоравак стечајног дужника није реалан.

План реорганизације може се дефинисати као писани правни акт који могу поднети законом овлашћена лица, чију садржину усаглашавају стечајни дужник и квалификована већина његових поверилаца о мерама реорганизације дужника, чију садржину потврђује стечајни суд. Он је сложен правно-економски институт, којим се замењује стечајни поступак, а уједно мења правни статус дужника и других учесника у поступку реорганизације. План има снагу извршног наслова.

Реорганизација представља алтернативу стечају, а њој се може приступити кад су испуњени услови за отварање стечајног поступка². Под реорганизацијом се подразумева „намирена поверилаца према усвојеном плану реорганизације и то редефинисањем дужничко-поверилачких односа, статусним проме-

1 У економској теорији подобност за реорганизацију је потребан, али не и довољан услов да се она спроведе. Због тога се сматра да су само она предузећа подобна за реорганизацију “... која још послују, или послују макар неки од њихових делова, која имају приносну снагу која може бити ојачана предузимањем одређених мера од стране власника и поверилаца и чији губици нису значајно већи од нерасподељене добити предузећа и резерви, ...”. Ката Шкарић Јовановић, *Финансијско извештавање предузећа у банкротству*, *Acta Economica*, бр. 14/2011, стр. 13.

2 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд 2013, стр. 551.

нама дужника или на други начин који је предвиђен планом реорганизације³, а спроводи се ако се тиме обезбеђује повољније намирeње поверилаца у односу на банкротство, а посебно ако постоје економско оправдани услови за наставак дужниковог пословања. Правни систем Србије познаје две врсте реорганизације: план реорганизације и унапред припремљени план реорганизације – УППР (*pre pack*). Реч је о два формална поступка реорганизације. У међународној пословној пракси присутни су тзв. неформални (добровољни) поступци реорганизације. Они нису уређени стечајним законодавством, али се у највећој мери на њега ослањају.

За наш предмет истраживања од значаја је УППР. Овај поступак реорганизације је хибрид два метода реорганизације, јер комбинује ниске трошкове вансудског договора са предностима формалне реорганизације⁴. По неким ауторима, УППР комбинује предности два модела реорганизације – поравнања и стечајне реорганизације, а искључује њихове мане. Због тога је реч о хибридном поступку, пошто га карактерише и неформална и формална правна природа. Суштина овог поступка јесте да се започета неформална реорганизација дугова завршава формалним поступком којим се потврђују детаљи споразума о поравнању. Значи, код УППР иницијални корак се огледа у неформалној реорганизацији, а финални у формалној реорганизацији⁵.

УППР представља у суштини економски механизам за којим треба да посегну сви стечајни дужници који процене да могу да очувају пословање, радна места запослених, правни субјективитет, а да у исто време обезбеде повериоцима потпуно или делимично измирење њихових потраживања у унапред предвиђеном року.

УППР је посебна врста стечајног поступка који се заснива на брзини, нижим трошковима⁶, ефикасности, због чега је у правном и економском смислу у значајној мери прихватљивији за стечајног дужника и за његове повериоце, него што је то случај са спровођењем класичног (обичног) плана реорганизације или стечаја.

3 Закон о стечају („Сл. гласник РС“, бр. 104/2009 и 83/2014), чл. 1. став 4.

4 Слободан Спасић, *Pre Pack као шанса за српску привреду*, Право и привреда, бр. 7-9/2010, стр. 243.

5 Тодор Ж. Спарисос, *Теоријска и емпиријска анализа ефикасности стечајног процеса* (докторска дисертација), Универзитет у Београду Економски факултет, Београд 2016, стр. 70.

6 „... Дакле, кад се узму у обзир и предстечајни трошкови подносиоца *prepack*-а – укупни трошкови оба модела реорганизације се приближавају“. Немања Николић, *Prepack: америчко и српско решење*, Право и привреда, бр. 1-3/2011, стр. 89.

Постојање стечајног разлога представља у стечајном праву Србије претходни услов за покретање поступка реорганизације по УППР. Такође, УППР није могуће поднети без подношења предлога за покретање стечајног поступка, нити се он може поднети након подношења предлога за покретање стечајног поступка. Предлог може поднети једино дужник, ако постоји стечајни разлог, уз прилагање докумената које законодавац захтева. Покретање стечајног поступка уз УППР подразумева посебан, значајно скраћени поступак, који се завршава усвајањем или одбацивањем плана. Заснован је на сагласности и подршци већинских поверилаца. Законодавац је утврдио додатну садржину за ову врсту плана реорганизације. Усвајањем УППР стечајни судија истовремено, истим решењем, отвара стечајни поступак, потврђује усвајање овог плана и обуставља стечајни поступак. Његова специфичност се огледа у томе да се спроводи у фази претходног поступка стечаја, чиме се предупређује и могућност наступања правних последица стечаја, уз очување правног субјективитета стечајног дужника и задовољење интереса његових поверилаца. Трошкове састављања и подношења УППР сноси његов предлагач.

Законодавац Србије је на јединствен начин прописао садржину „обичног“ плана реорганизације и УППР, али и посебне елементе само за УППР⁷, нашао за потребно да створи правни основ за доношење два подзаконска акта – правилника, којима је ближе утврђена садржина УППР⁸ и утврђен национални стандард о подацима које треба да садржи план реорганизације⁹. Недостатак неког од законских елемената чини план реорганизације незаконитим.

Како би могли да објаснимо и разумемо ревизију у поступку усвајања УППР, потребно је да у наставку рада у најкраћем објаснимо појмовно одређење ревизије и њене врсте, полазећи од различитих критеријума за њихову класификацију.

Појам и врсте ревизије

Етимолошки реч „ревизија“ потиче од латинског глагола *revidere*, који значи поново видети (још једном видети, прегледати, извршити преглед) и од новолатинске речи *revisio*, која значи поново виђење, поно-

7 Закон о стечају, чл. 156. став 4.

8 Правилник о начину спровођења реорганизације унапред припремљеним планом реорганизације и садржина тог плана („Сл. гласник РС“, бр. 37/2010), чл. 1.

9 Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом, Национални стандард бр. 6.

во гледање ради испитивања и просуђивања. Такав смисао ревизија је задржала до данас¹⁰.

У странијој и домаћој литератури постоје бројне дефиниције појма ревизије. Поједини законодавци дају дефиницију ревизије, што чини и законодавац Србије. Ревизија је поступак провере и оцене финансијских извештаја, као и података и метода који се примењују при састављању финансијских извештаја, на основу којих се даје независно стручно мишљење о томе да ли финансијски извештаји у свим материјално значајним аспектима дају истинит и поштен приказ финансијског стања и резултата пословања правног лица у складу са одговарајућом регулативом за израду финансијских извештаја¹¹.

У већем броју земаља ревизија је организована као професионална делатност, којом се баве квалификовани појединци – ревизори, који припадају одговарајућим ревизорским друштвима, заводима или институтима¹².

Подела ревизије може се вршити на основу различитих критеријума. Тако, примера ради, полазећи од критеријума области у којој се врши ревизија, она се може поделити на: државну, која се врши у јавном сектору, екстерну (законску), која се врши у приватном сектору и задружну, која се врши у задружном сектору.

Полазећи од критеријума статуса лица које врши ревизију, она се може поделити на интерну и екстерну ревизију. Интерну обављају лица која су запослена у привредном друштву које је субјект (интерне) ревизије, а екстерну врше лица запослена у друштву за ревизију или самозапослена лица у правној форми за индивидуалног предузетника. У законодавству Србије се с разлогом непосредно и детаљније уређује екстерна (законска) ревизија, а само посредно интерна ревизија, у контексту овлашћеног интерног ревизора.

10 „Ревизија - (енгл. *auditing*) преглед и испитивање финансијских извештаја и пословних књига које спроводе независни рачуноводствени стручњаци – ревизори са циљем изражавања мишљења у форми ревизорског извештавања о томе да ли су ови извештаји поуздани и објективни, у складу са законским прописима и општеприхваћеним рачуноводственим принципима, тј. да ли верно презентирају финансијски положај и рентабилитетну способност предузећа“. – Економски речник, Економски факултет у Београду, Београд, 2010, стр. 799.

11 Закон о ревизији („Сл. гласник РС“, бр. 62/2013), чл. 2. ст. 1. тач. 1.

12 Славољуб Мартић, *Контрола и ревизија*, Економски факултет у Београду, Београд 1987, стр. 21.

Полазећи од критеријума правног основа за вршење ревизије, она се може вршити као обавезна (принудна), јер се обавља по сили закона, или се врши као добровољна (факултативна), јер се обавља на основу одлуке надлежног органа привредног друштва, када он нађе да је то целисходно.

Полазећи од критеријума начина спровођења ревизије и циља који се жели постићи, она се може поделити на директну и индиректну. Спровођењем директне ревизије непосредно се испитује свака пословна промена у привредном друштву, његовом делу или се прати обављање појединих пословних функција у друштву. Ова врста ревизије је поуздана али је скупа и дуготрајна. Индиректна ревизија тиче се испитивања сличних појава у привредном друштву и њихово упоређивање у поступку спровођења ревизије.

Полазећи од критеријума обима вршења ревизије, она се може поделити на потпуну и делимичну. Потпуна ревизија обухвата све пословне промене на средствима и изворима средстава привредног друштва које су се догодиле у периоду кад је вршена ревизија. Непотпуна ревизија испитује одређени број узорака (потпуно или делимично) и доноси закључак за појаву у целини.

Полазећи од критеријума субјекта који вршу ревизију, она може бити појединачна (индивидуална), кад ревизију врши један ревизор и која се тиче једног подручја (нпр. рачуноводствена) и колективна (комплексна), коју врше лица која су стручњаци за различите области.

Полазећи од критеријума објекта ревизије, она може бити ревизија завршних рачуна и ревизија укупног пословања привредног друштва.

За наш предмет истраживања од посебног значаја је подела ревизије на редовну и ванредну. У ревизијском праву Србије, до поменуте класификације се долази на основу следећег критеријума: који законодавац наређује вршење ревизије? Редовна произлази из општег закона о ревизији, а ванредна из неког посебног закона, нпр. Закона о стечају, у поступку усвајања УППР. Осим одређених међусобних сличности, ове две врсте ревизија се разликују у низу елемената, што их чини посебним. Њихове сличности се огледају и у следећим елементима: за обе врсте ревизија правни основ се налази у закону; обе врсте су обавезне, јер их налаже законодавац; правни инструменти за њихово вршење је пуноважно закључени уговор о пружању услуга ревизије и др. Њихове разлике се огледају и у следећим елементима: прва је редовна, јер се врши једном годишње, а друга је ван-

редна, јер се врши по потреби, на захтев законом овлашћених субјеката; прва је претходна у односу на другу која је накнадна; прва је по обиму шира у односу на другу која је ужа, односно прва је потпуна у односу на другу која је делимична (парцијална); прва може бити и колективна и индивидуална а друга је по правилу индивидуална и др.

Обавезни елементи садржине унапред припремљеног плана реорганизације

Још је у Закону о стечајном поступку (2004) била уређена садржина „обичног“ плана реорганизације, а у контексту УППР овај закон је садржавао само једну одредбу: „План реорганизације се може поднети истовремено са подношењем предлога за покретање стечајног поступка, под условом да су испуњени остали услови из овог закона“¹³. Доношењем Закона о стечају (2009), законодавац је детаљније уредио УППР¹⁴, а нашао је за потребно да посебно пропише додатне елементе које УППР мора да садржи у односу на обичан план реорганизације¹⁵. Једна од значајнијих елемената те садржине био је и „ванредни извештај ревизора са стањем пословних књига утврђеним најкасније 60 дана пре дана подношења унапред припремљеног плана реорганизације суду, са прегледом свих потраживања и процентуалним учешћем сваког повериоца у одговарајућој класи плана“. Овакво законско решење, у контексту тада важећег Закона о рачуноводству и ревизији (2006), индиректно је указивало да је посту-

13 Закон о стечајном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 84/2004), чл. 127.

14 Видети: Закон о стечају, посебно чл. 155, 156, 158, 159 и 160.

15 Унапред припремљен план реорганизације поред елемената које обавезно обухвата тзв. обичан план реорганизације, додатно садржи и: 1) одредбу којом се одређује да ће потраживање повериоца које није обухваћено одредбама плана о намиренију поверилаца бити намирено на исти начин и под истим условима као потраживања других поверилаца његове класе; 2) потписану изјаву већинских поверилаца по вредности потраживања сваке планом предвиђене класе да су упознати са садржином плана реорганизације и спремни да приступе на рочиште за гласање о плану реорганизације или гласају писаним путем; 3) изјаву стечајног дужника о веродостојности података и информација наведених у плану; 4) податке о поступку припреме плана реорганизације, укључујући и податке о послатим обавештењима, доступности информација повериоцима и току преговора; 5) ванредни извештај ревизора са стањем пословних књига утврђеним најкасније 90 дана пре дана подношења унапред припремљеног плана реорганизације суду, са прегледом свих потраживања и процентуалним учешћем сваког повериоца у одговарајућој класи плана; 6) изјаву ревизора или лиценцираног стечајног управника да је унапред припремљен план реорганизације изводљив; 7) кратак извештај о очекиваним битним догађајима у пословању након дана сачињавања плана и преглед обавеза чије се доспеће очекује у наредних 90 дана, као и начина намирења тих обавеза. Закон о стечају, члан 156. став 3.

пак УППР био могућ само код стечајних дужника који су по тадашњим прописима о рачуноводству и ревизији били обвезници ревизије финансијских извештаја¹⁶ – средња и велика привредна друштва. Такав став је био присутан и теорији¹⁷. У судској пракси је постављено следеће питање (2010): да ли постоји обавеза подношења ванредног извештаја ревизора уз УППР и за стечајног дужника који није обвезник ревизије финансијских извештаја? Судска пракса је стала на становиште да је такав стечајни дужник дужан да достави ванредан извештај ревизора¹⁸.

Измене и допуне Закона о стечају из 2014. године¹⁹ донеле су већи број новина у стечајном праву Србије. Одговарајуће новеле биле су непосредно или посредно од утицаја и на УППР. Најпре, законодавац је додатну пажњу посветио одредбама о информисаности поверилаца и других учесника у овом поступку ради обезбеђивања примене у пословној пракси законских начела јавности и информисаности и једнаког третмана и равноправности код УППР. Како запажа теорија, циљ ових законских решења био је да се превазиђе „асиметрија информација у погледу садржаја самог плана“, која се може појавити, првенствено код његове изводљивости. Међутим, она се може јавити и током припреме УППР, али и у периоду од његовог доношења до његовог усвајања²⁰. Затим, продужен је крајњи рок стања пословних књига стечајног дужника за израду ванредног извештаја ревизора са 60 на 90 дана²¹. Даље, успостављена је право и обавеза за стечајног судију да наложи израду и достављање новог

16 „Ревизија редовних годишњих финансијских извештаја обавезна је за велика и средња правна лица, као и за мала правна лица која јавном понудом издају хартије од вредности или чим се хартијама тргује на организованом тржишту хартија од вредности“. Закон о рачуноводству и ревизији („Сл. гласник РС“, бр. 46/06 и 111/09), чл. 37. став 1.

17 „... такво законско решење јасно указује на интенцију да се институт УППР примењује само за оне дужнике који су обвезници ревизије финансијских извештаја, ...“. Бранко Радуловић, *Унапред припремљени планови реорганизације и проблем негативне селекције*, у Зборнику радова (ур. Вук Радовић) „Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније“, Београд 2013, стр. 86.

18 Одговор утврђен на седницама Одељења Привредног апелационог суда од 9. и 10. 11. 2010. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 3/2010.

19 Закон о изменама и допунама Закона о стечају, „Сл. гласник РС“, бр. 83/2014.

20 Бранко Радуловић, *Унапред припремљени планови реорганизације и проблем негативне селекције*, стр. 86.

21 У судској пракси се појавио занимљив став, у оквиру једне одлуке Привредног апелационог суда, да „несачињавање ванредног извештаја ревизора са стањем пословних књига утврђеним најкасније 60 дана пре дана подношења измењеног и допуњеног УППР суду, не чини УППР незаконитим“. Решење Привредног апелационог суда, Пвж. 499/14 од 14.10.2014.

ванредног ревизијског извештаја, који мора бити израђен од стране независног ревизора, са стањем на последњи дан месеца који претходи месецу у којем је дат тај налог, ради утврђивања тачности података.

Осим што је законодавац прописао минималне, обавезне и заједничке елементе за тзв. обични план и УППР, нашао је за потребно да за УППР пропише и додатне обавезне елементе његове садржине. Они су одређени императивним одредбама, а један од њих је да УППР мора да садржи „ванредан извештај ревизора са стањем пословних књига утврђеним најкасније 90 дана пре дана подношења унапред припремљеног плана реорганизације суду, са прегледом свих потраживања и процентуалним учешћем сваког повериоца у одговарајућој класи плана“²². Други елемент је да УППР мора да садржи и „изјаву ревизора или лиценцираног стечајног управника да је унапред припремљен план реорганизације изводљив“. За потребе гласања о предлогу за покретање поступка у складу са УППР, законодавац је успоставио законску претпоставку (фикцију) „да су све обавезе стечајног дужника настале пре подношења УППР доспеле на дан одржавања рочишта о гласању за план“²³. Значи, овде постоји правна фикција да ће се потраживања поверилаца према стечајном дужнику у поступку УППР сматрати доспелим искључиво у контексту и за потребе гласања о плану, а фактичка (стварна) доспелост потраживања поверилаца према дужнику предмет је самог плана реорганизације као новог договора између стечајног дужника и поверилаца.

У поступку реорганизације класе поверилаца се формирају са стањем обавеза на дан пресека, тј. на онај дан на који се утврђују обавезе стечајног дужника. Дан пресека није законски израз, већ је њега изнедрила пракса. Стечајни законодавац само на посредан начин утврђује дан на који се утврђује стање обавеза стечајног дужника, у делу у коме уређује да ванредни извештај независног ревизора мора бити документ који прати УППР и да тај извештај не сме бити старији од 90 дана од дана подношења УППР суду. Посматрано у односу на дан подношења УППР, дан пресека увек претходи, собзиром да је стечајном дужнику потребно да припреми план и обезбеди законом захтевану документацију.

22 Закон о стечају, чл. 156. ст. 4. тач. 5.

23 Закон о стечају, чл. 160. став 1. Како правилно запажају поједини аутори, иако је ова законска одредба систематизована у оквирима УППР, исту треба тумачити као начелно правило у поступку реорганизације, због чега њу треба примењивати и у поступку реорганизације током стечајног поступка. Иван Тодоровић, *Правне последице усвајања плана реорганизације* (докторска дисертација), Правни факултет у Београду, Београд 2015, стр. 199.

Изјава ревизора о изводљивост УППР требало би да уследи ако је реч о стечајном дужнику који подлеже обавезној законској ревизији, а изјава лиценцираног стечајног управника ако је реч о стечајном дужнику који не подлеже обавезној законској ревизији. Уколико ревизор односно лиценцирани стечајни управник изјаве да израђени УППР није изводљив, у том случају за такав предложени план стечајни судија може дати налог за поновно уређење његове садржине у примереном року или ће по службеној дужности решењем одбацити предлог УППР из разлога што не садржи један од законом захтеваних докумената са позитивном изјавом законом овлашћеног лица²⁴. Против решења о одбацавању плана реорганизације допуштено је да жалбу изјави само подносилац плана.

Како је запажено у стручној литератури, „изјава стечајног управника да је план реорганизације економски изводљив требало би да се изрази у облику елабората“²⁵. Нажалост, у пракси стечајни управници најчешће напишу само једну реченицу и констатују да је по њиховом мишљењу поднети план реорганизације изводљив. Уствари, они би требало да избегавају да дају начелна мишљења, која немају садржинску вредност. Нужно је да се поставе у улози активног субјекта и да садржајно образложе своје мишљење на разумљив начин за све учеснике у поступку²⁶.

Дужност достављања новог ванредног извештаја ревизора

У стечајном праву Србије новелама Закона о стечају из 2014. унета је још једна дужност за стечајног дужника у спровођењу поступка УППР – достављање новог ванредног извештаја ревизора. Наиме, уколико од утврђеног датума стања пословних књига у ванредном извештају ревизора до датума одржавања рочишта протекне више од девет месеци, стечајни судија ће по службеној дужности наложити привременом стечајном управнику или другом стручном лицу ангажованом у циљу утврђивања тачности података да достави нови ванредни извештај, израђен од стране другог независног ревизора, са стањем на последњи дан месеца који претходи месецу у којем је дат тај налог²⁷. Како је запажено у домаћој ли-

24 Закон о стечају, чл. 163. став 2.

25 Наталија Пејић Кордић, заменик председника Привредног суда у Београду, *Неки аспекти института реорганизације*, стр. 17. Website: www.alus.gov.rs.

26 *Ibidem*.

27 Закон о стечају, чл. 160. став 3.

тератури²⁸, овакво законско решење је креирала судска пракса²⁹. Дакле, уколико дође до суштинских измена УППР у погледу његове садржине или предложених мера, стечајни судија има право и дужност (*ex officio*), да у сваком конкретном случају цени да ли је потребно да се достави нови ванредни извештај ревизора са стањем пословних књига на последњи дан месеца који претходи месецу у којем је дат налог за нови ванредни извештај. Акцент је на чињеници да ли је дошло до суштински битних промена у плану. Затим, реч је о „новом“, односно поново израђеном извештају ревизора. Даље, реч је о извештају израђеном од другог ревизора који мора бити независан³⁰.

Ангажовање ревизора за вршење ванредне ревизије ради израде ванредног извештаја

За потребе спровођења поступка усвајања УППР подносилац плана мора да ангажује ревизора за вршење ванредне ревизије и за састављање ванредног извештаја. Предметни извештај представља обавезну законску садржину поднетог УППР пред надлежним стечајним судом.

У правним системима тржишне привреде послове ревизије финансијских извештаја врше ревизори, који су правно организовани у форми за индивидуално предузетништво или те послове обављају организовани у неки од облика за колективно предузетништво.

Директивом 2006/43/ЕУ, којом су уређена правила која се односе на законску ревизију годишњих и консолидованих финансијских извештаја, предвиђено је да ревизију могу обављати физичка лица као „законски ревизори“, који су уписани у одговарајући регистар, и „ревизорска друштва“, као правна лица или било који други субјект, независно од његове правне форме, која су овлашћена од стране надлежног органа државе чланице Европ-

28 Марко Томић, *Новеле Закона о стечају и унапред припремљени план реорганизације*, Право и привреда, бр. 4-6/2016, стр. 265.

29 У решењу Привредног апелационог суда било је одређено и следеће: „Првобитно поднети УППР је садржао пресек обавеза на дан 31.12.2013. године, који је од стране предлагача мењан. Имајући у виду да жалиоци оспоравају висине унетих потраживања у изгласаном УППР-у, то је изискивало потребу да стечајни судија наложи предлагачу и привременом стечајном управнику, а у циљу ажурирања података да се достави нови ванредни извештај израђен од стране другог независног ревизора са стањем на последњи дан месеца који претходи месецу у којем је издат тај налог“.

30 Видети: Билтен судске праксе привредних судова, бр. 4/15 – питање бр. 76 и бр. 4/2016 – питање бр. 71.

ске уније - ЕУ да врше законску ревизију³¹. Битно је да се истакне да законску ревизију могу да обављају само законски ревизори и ревизорска друштва који имају лиценцу државе чланице у којој врше законску ревизију, а одређивање лица која могу да обављају послове законске ревизије препуштено је унутрашњим прописима држава чланица ЕУ.

Важеће решење у нашем Закону о ревизији (2013) по питању обављања послова ревизије усаглашено је са решењима из Директиве 2006/43/ЕУ, јер је по први пут омогућено да послове ревизије обавља и самостални ревизор који се организује у правној форми индивидуалног предузетника.

Полазећи од критеријума правног облика у којем се врши законска ревизија, она се може поделити на законску ревизију која се врши у некој од правних форми за колективно предузетништво – ревизорско друштво и законску ревизију која се врши у правној форми за индивидуално предузетништво – самостални ревизор. Док је ревизорским друштвима у праву Србије допуштено да врше законску ревизију годишњих и консолидованих финансијских извештаја, дотле је самосталним ревизорима допуштено да врше законску ревизију само годишњих финансијских извештаја, али не и да обављају законску ревизију друштва од јавног интереса и ревизију консолидованих финансијских извештаја.

На основу напред констатованог, подносилац УППР може да ангажује друштво за ревизију или самосталног ревизора организованог у форми предузетника за вршење ванредне ревизије над стечајним дужником и за састављање ванредног извештаја, који чини саставни део плана. Ванредна ревизија се врши у складу са Законом о стечају, Законом о ревизији, Међународним стандардима ревизије - МСР и кодексом етике за ревизоре.

Правни инструмент за вршење услуга ревизије у упоредном праву је уговор о ревизији, који се закључује између субјекта који врши ревизију (индивидуални предузетник регистрован за обављање послова ревизије, заједничка канцеларија, друштво за ревизију) и правног лица код кога се врши ревизија, тј. субјект ревизије. Закључењу уговора претходи избор субјекта који ће вршити ревизију. Уговор се закључује у писаној форми, а његови битни елементи су предмет (пружање услуге ревизије), и прови-

31 Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC, OJ L 157/87-107 (Директива 2006/43/ЕУ), чл. 2. ст. 1. тач. 2. и 3.

зија (накнада) коју плаћа субјект ревизије. И у нашем праву међусобна права и обавезе друштва за ревизију и субјекта ревизије уређују се уговором о ревизији. Тај уговор је формалан, јер мора бити закључен у писаној форми. Законодавац утврђује минимум обавезних елемената за предметни уговор, као и питање његовог раскида.

За вршење ванредне ревизије, за потребе поступка у коме се усваја УППР, сходно се примењују напред наведена правила за вршење законске ревизије финансијских извештаја. Подносилац УППР, пре његовог подношења стечајном суду, има законску обавезу да саставни део његове садржине буде ванредни извештај ревизора. Да би ову законску обавезу реализовао, подносилац УППР мора да закључи уговор са неким од овлашћених субјеката за вршење ревизије ради вршења ванредне ревизије стечајног дужника и састављања ванредног извештаја ревизора. Тим уговором ће се ближе уредити његов предмет (врста ревизије, њен обим и садржина, рок и сл.), накнада и друга питања од значаја за ванредни извештај ревизора³².

У теорији је присутан став да стечајни дужник, ипак, може да избегне трошкове сачињавања ванредног извештаја ревизора, тако што би покренуо поступак УППР након окончане редовне ревизије финансијских извештаја. У том случају би додатни трошак био само допунски извештај односно преглед свих потраживања и процентуално учешће сваког од поверилаца³³. Мишљења смо да ће се ова ситуација у пословној пракси појављивати као изузетак.

Поступак вршења ванредне ревизије

Ванредна ревизија је по својој суштини обавезна, посебна (специјална), накнадна, а по обиму делимична. Њено вршење представља претпоставку за израду ванредног извештаја ревизора. У поступку вршења ванредне ревизије врши се провера чињеница везано за потраживања поверилаца у УППР, односно да ли су ове чињенице сагласне подацима из пословних књига стечајног дужника. Ванредна ревизија има за предмет, с једне стране, преглед свих потраживања поверилаца стечајног ду-

32 Пример из пословне праксе: На основу Уговора закљученог са привредним друштвом Х из Крагујевца, „Rosh audit доо Београд“ је ангажован да припреми ванредан извештај ревизора са стањем пословних књига утврђених најкасније 90 дана пре подношења УППР стечајном суду, у складу са чл. 156. Закона о стечају.

33 Бранко Радуловић, *Унапред припремљени планови реорганизације и проблем негативне селекције*, стр. 86.

жника, а с друге стране, процентуално учешће сваког повериоца у одговарајућој класи УППР. Ванредна ревизија се ради на дан састављања УППР, који не мора бити 31. децембар³⁴.

Поступак ванредне ревизије врши се у складу са МСР, који налажу ревизору да у вршењу ревизије поступа у складу са кодексом етике за ревизоре, да ревизију планира и изврши на начин којим се омогућава да се у разумној мери трећа лица увере да предметни преглед потраживања поверилаца стечајног дужника и њихово процентуално учешће не садржи/садржи материјално значајна одступања у односу на стање пословних књига стечајног дужника. Овај поступак се спроводи ради прибављања ревизијских доказа о износима и обелодањивањима датим у прегледу свих потраживања поверилаца стечајног дужника. Избор поступка се врши на основу ревизорског просуђивања, укључујући процену ризика материјално значајних погрешних исказа у прегледу потраживања поверилаца насталих услед криминалних радњи или пуке грешке. У поступку процене ризика ревизор разматра интерне контроле које су од значаја за припрему прегледа потраживања поверилаца. Ванредна ревизија укључује и оцену примењених рачуноводствених политика и значајнијих процена извршених од стране менаџмента стечајног дужника у поступку УППР, као и оцену датог прегледа потраживања поверилаца.

Ванредна ревизија врши се ради утврђивања евентуалних одступања у односу на стање исказано у пословним књигама стечајног дужника, или ради потврђивања да таква одступања не постоје. Такође, у поступку ванредне ревизије треба проверити да ли стечајни дужник има судске спорове у вези потраживања за која нису извршена резервисања, као и проценти или износи који су усаглашени односно неусаглашени. Даље, потребно је да се изврши усаглашавање обавеза стечајног дужника према пореској управи, као и да се провери да ли су укалкулисане у УППР све обавезе по разним основима – порези, доприноси, камате и др. Међутим у поступку ванредне ревизије не врши се провера преосталих позиција биланса (нпр. актива, приходи) и не даје се мишљење по том основу.

34 Пример из пословне праксе: “Наш аранжман засновали смо на билансу стања на дан 31. август 2016. године, екстерним конфирмацијама стања потраживања и обавеза, интерним актима, бруто билансу, књиговодственим аналитичким евиденцијама, уговорима и другим документима“.

Независност ревизора и забрана сукоба интереса

Питања независности ревизора и забране сукоба интереса су од непосредног значаја за вршење ванредне ревизије као и за израду ванредних извештаја од стране ревизора у поступку усвајања УППР. У стечајном законодавству Србије независност ревизора приликом подношења „ванредног извештаја“ и „новог ванредног извештаја“ у поступку усвајања УППР није предмет регулације, због чега се мора разматрати у контексту општих законских решења о ревизији која важе за друштво за ревизију и лиценцираног овлашћеног ревизора.

У ревизијском праву Србије се на детаљнији начин регулишу питања сукоба интереса и независности вршења ревизије, односно независности ревизора у вршењу послова ревизије. Најпре, законом је забрањено друштву за ревизију да обавља ревизију код следећих субјеката: 1) у којем има уделе или акције; 2) које је власник удела или акција друштва за ревизију; 3) ако је друштво за ревизију, односно било која организациона јединица у мрежи којој припада, односно повезано лице са друштвом за ревизију пружало субјекту ревизије у години за коју се обавља ревизија, законом набројане услуге³⁵; 4) ако је повезано са правним лицем на други начин, тако да таква повезаност може да утиче на независност и непристрасност обављања ревизије³⁶. Акционар, односно члан друштва за ревизију има дужност да без одлагања обавести друштво за ревизију о наступању неке од напред наведених околности.

Од држава чланица ЕУ се захтева да њихова ревизорска друштва буду независна у вршењу законске ревизије. Овим друштвима је допуштено да обавештавају субјекта ревизије о питањима која се појављују у поступку вршења ревизије, али морају да се уздржавају од мешања у њихове интерне поступке доношења одлука. Директивом 2006/43/ЕУ се зах-

35 Реч је о следећим услугама: припрема и вођење пословних књига и састављање финансијских извештаја; процена вредности капитала, имовине и/или обавеза која ће бити рефлектована у финансијским извештајима, односно у којима постоји очигледан сукоб интереса; заступање у судским поступцима у вези са пореским предметима; обрачун пореза и подношење пореских пријава за физичка лица руководиоце у сектору финансија у привредном друштву; савете у вези са рачуноводственим књижењем пореских обавеза; дизајнирање система интерне ревизије и интерне контроле као и њихово спровођење; дизајнирање и примену информационих система у рачуноводственој области; актуарске услуге; друге услуге које би, у конкретним околностима, могле да угрозе независност лиценцираног овлашћеног ревизора или друштва за ревизију и/или да утичу на вредновање позиција у финансијским извештајима.

36 Закон о ревизији, чл. 35.

тева да прекину ревизију или да уопште не закључе уговор о пружању услуга ревизије, уколико западну у ситуацију у којој су ризици по њихову независност исувише високи, чак и кад примене мере којима се ти ризици умањују. Такође, независност ревизорског друштва могу да угрозе висина накнаде за вршење послова ревизије која се прима од појединачног субјекта ревизије и/или структура ревизорских накнада. Мере које државама чланицама Уније стоје на располагању ради предострожности, а које примењују ради ублажавања или елиминисања напред наведених претњи могу да обухвате: забране, ограничења, друге политике и поступке и обелодањивање. Даље, друштва за ревизију треба да одбију вршење свих додатних („неревизорских“) услуга које могу да компромитују њихову независност³⁷.

Општи циљ доношења Директиве 2014/56/EУ о измени Директиве 2006/43/EУ о законским ревизијама годишњих финансијских извештаја и консолидованих финансијских извештаја³⁸ огледа се у јачању поверења инвеститора у истинитост и праведност финансијских извештаја које су предузетници објавили на начин да се додатно побољша квалитет законских ревизија које се врше у ЕУ. Ради остварења тог циља, ЕУ може да донесе мере у складу с начелом супсидијарности³⁹. Њено доношење уследило је и због потребе даљег усклађивања правила на нивоу ЕУ како би се омогућила већа транспарентност и предвидљивост захтева који се односе на лица која врше законске ревизије и како би се оснажила њихова независност и објективност у вршењу послова ревизије. Такође, захтева се да овлашћени ревизори и ревизорска друштва избегавају сукоб интереса⁴⁰.

Такође, у ревизијском праву Србије забрањује се лиценцираном овлашћеном ревизору да обавља ревизију код одређених субјеката, и то: 1) у којем је власник удела или акција; 2) у којем је директор, односно члан органа управљања или надзора, прокурист и пуномоћник; 3) у којем је директор, односно члан органа управљања или надзора или прокурист, његов крвни сродник у правој линији, крвни сродник у побочној линији закључно са трећим степеном сродства и супружник; 4) у којем је пружао услуге законом одређене за годину за коју се обавља ревизија; 5) уколико

37 Директива 2006/43/EУ, тач. 10 и 10а.

38 Directive 2014/56/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 amending Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, OJ L/158, п. 196–226 (Директива 2014/56/EУ).

39 Директива 2014/56/EУ, Преамбула, тач. 31.

40 Директива 2014/56/EУ, Преамбула, тач. 1, 6, 7, 8.

наступе друге околности које могу да утичу на независност лиценцираног овлашћеног ревизора⁴¹. Лиценцирани овлашћени ревизор има дужност да без одлагања обавести друштво за ревизију код којег је запослен о наступању неке од напред наведених околности.

Даље, забрањује се власницима, односно акционарима друштва за ревизију, као и директору, односно члановима органа управљања и надзора тог друштва или повезаним лицима да утичу на обављање ревизије и изражавање ревизорског мишљења и тиме угрозе независност и објективност лиценцираног овлашћеног ревизора у обављању ревизије⁴².

Затим, самосталном ревизору је забрањено да обавља друге делатности, осим ревизије и додатне услуге уз обављање ревизије. Њему није допуштено да буде оснивач друштва за ревизију или другог привредног друштва. Самостални ревизор не може бити у радном односу код другог послодавца, не може имати друге регистроване самосталне делатности или статус законског заступника, директора, члана или председника надзорног одбора и извршног одбора у правном лицу и др.⁴³. Напред набројане законске забране и ограничења произлазе, с једне стране, из природе ревизије као професионалне делатности, јер она у континентално-европском праву има својства слободне професије, а с друге стране, из статуса самосталног ревизора који обавља ревизију у правној форми индивидуалног предузетника.

На крају, стављено је у дужност друштву за ревизију, које обавља ревизију код друштава од јавног интереса, да једном годишње, у писаном облику, потврди своју независност према друштву чију ревизију финансијских извештаја обавља и обавести Комисију за ревизију о додатним услугама код тог друштва, као и да расправља о могућим претњама његовој независности и заштитним механизмима против тих претњи⁴⁴.

Ванредни извештај ревизора

Да би објаснили ванредни извештај ревизора као обавезан елемент садржине УППР у стечајном поступку, који је предвиђен и уређен Законом о стечају, нужно је да пођемо од редовних и ванредних финансијских извештаја привредних субјеката, који су уређени Законом о рачу-

41 Закон о ревизији, чл. 34.

42 Закон о ревизији, чл. 38.

43 Закон о ревизији, чл. 16.

44 Закон о ревизији, чл. 42. став 2.

новодству⁴⁵. Најпре, треба указати да је реч о различитим стварима, јер је у првом случају реч о „ванредном извештају ревизора“ а у другом случају о „ванредним финансијским извештајима“ привредних субјеката. Друго, први извештај не садржи атрибут „финансијски“ а други садржи. Треће, ови извештаји се разлику у погледу обавезних елемената, њихове структуре и обима. Четврто, први извештај саставља ревизор, а друге извештаје по правилу запослена и овлашћена лица у привредном субјекту, али и друга овлашћена лица на основу закљученог уговора о пружању рачуноводствених услуга.

У рачуноводственом праву Србије, правна лица и предузетници састављају и приказују редовне финансијске извештаје о свом пословању за текућу пословну годину, са стањем на дан 31. децембра текуће године. До састављања ванредних финансијских извештаја долази само ако је дошло до: 1) статусних промена (спајање, подела и одвајање); 2) отварања, односно закључења стечаја, односно поступка ликвидације привредног субјекта⁴⁶. Редовни годишњи финансијски извештаји правних лица која примењују Међународне стандарде финансијског извештавања (МСФИ) односно Међународне стандарде финансијског извештавања за мала и средња предузећа (МСФИ за МСП) обухватају: 1) биланс стања; 2) биланс успеха; 3) извештај о осталом резултату; 4) извештај о променама на капиталу; 5) извештај о токовима готовине; 6) напомене уз финансијске извештаје. Редовни годишњи финансијски извештаји микро правних лица и предузетника обухватају: 1) биланс стања и 2) биланс успеха. И ванредни финансијски извештај обухватају само биланс стања и биланс успеха.

У праву Србије се сагласно одредбама Четврте и Седме директиве ЕУ, ревизија редовних годишњих и консолидованих годишњих финансијских извештаја обавља у складу са Законом о ревизији. Сагласно поступку хармонизације наших прописа са наведеним директивама ЕУ, законодавац Србије у Закону о ревизији (2013) по први пут користи израз „законска ревизија“ уместо израза „ревизија финансијских извештаја“. Законска ревизија се још назива и екстерна ревизија. Она обухвата ревизију редовних годишњих и консолидованих финансијских извештаја, који су састављени у складу са Законом о рачуноводству⁴⁷.

45 Закон о рачуноводству, „Сл. гласник РС“, бр. 63/2013.

46 Закон о рачуноводству, чл. 2. и 25.

47 Закон о ревизији, чл. 2. ст. 1. тач. 2.

Полазећи од критеријума законске обавезе да се привредни субјект подвргне законској ревизији, у праву Србије она може бити обавезна и добровољна. Обавезна је за редовне финансијске извештаје: 1) великих и средњих привредних друштава; 2) јавних друштава, независно од њихове величине; 3) свих друштава, односно предузетника чији пословни приход остварен у претходној пословној години прелази 4.400.000 евра (обавезна законска ревизија). Такође, законска ревизија је обавезна за консолидоване финансијске извештаје матичних привредних друштава. Сва друга привредна друштва и други субјекти, који нису напред наведени, могу („не морају“) да врше законску ревизију својих финансијских извештаја (добровољна законска ревизија)⁴⁸. У економској теорији се истиче да су данас скоро у целом свету мала предузећа ослобођена обавезне ревизије, иако су многа од њих често предмет ревизије по захтеву власника капитала⁴⁹. И у нашем законодавству она нису предмет обавезне ревизије.

Законска ревизија годишњих и консолидованих финансијских извештаја обавља се у складу са законом, међународним стандардима ревизије (МСР) и Кодексом професионалне етике ревизора, а добровољна ревизија обавља се сходном применом закона и других напред наведених аката.

Полазећи од критеријума коју врсту финансијских извештаја ревизија има за предмет, можемо је поделити на ревизију редовних и на ревизију ванредних финансијских извештаја. Ревизија ванредних финансијских извештаја има за предмет ванредне финансијске извештаје, може се вршити као обавезна, ако се наређење за њено вршење налази у закону, или као добровољна, када наређење за њено вршење почива на аутономији воље привредног субјекта. По спроведеном поступку ревизије ванредних финансијских извештаја ревизори састављају (редован) ревизорски извештај. С друге стране, у спровођењу поступка стечаја по УППР законодавац Србије налаже састављање ванредног ревизорског извештаја, на начин и под законом утврђеним условима.

У праву Србије ревизорски извештај се саставља у складу са МСР и мора да садржи минимум законских елемената⁵⁰. Потписује га кључни

48 Закон о ревизији, чл. 21.

49 Детаљније видети: Богољуб Виторовић, *Ревизија малих предузећа са посебним освртом на саопштење Међународне федерације рачуновођа*, Ревизија, бр. 24/2004, стр. 4-11.

50 Ревизорски извештај садржи: 1) увод у којем се наводе финансијски извештаји који су предмет ревизије, заједно са рачуноводственим политикама које су коришћене за њихово саста-

ревизорски партнер, саставља се и објављује на српском језику. Уз њега се прилажу финансијски извештаји који су били предмет ревизије.

За ванредне извештај ревизора у поступку УППР законодавац прописује минимум његове садржине, јер начелно утврђује неке од његових елемената. Због тога ће ревизори у пословној пракси незнатно бити аутономнији у његовом обликовању, али увек полазећи од одредаба Закона о стечају, Закона о ревизији, МСР и етичког кодекс ревизора. Ванредни извештај независног ревизора је документ који прати УППР и не сме бити старији од 90 дана од дана подношења унапред припремљеног плана суду. Везано за његову садржину, законодавац захтева да он обухвати преглед свих потраживања поверилаца и процентуално учешће сваког од њих у одговарајућој класи плана реорганизације⁵¹.

Ванредни извештај ревизора је документ који ревизор саставља у писаној форми, након извршене ванредне ревизије код стечајног дужника у поступку УППР. Извештај обухвата преглед свих потраживања поверилаца и процентуално учешће сваког од њих у одговарајућој класи УППР. У њему ревизор изражава ревизорско мишљење. Реч је о професионалном мишљењу ревизора до кога долази на основу извршене ванредне ревизије стечајног дужника. Ревизорско мишљење ревизор износи након што у поступку ванредне ревизије прибави довољно одговарајућих доказа који обезбеђују основу за његово изношење. Овај извештај представља обавезну законску садржину поднетог УППР пред надлежним стечајним судом, наменски се сачињава, због чега је и његов домент лимитиран⁵².

вљање; 2) опис сврхе и обима ревизије, уз навођење стандарда ревизије у складу са којима је извршена ревизија; 3) мишљење лиценцираног овлашћеног ревизора којим се јасно изражава да ли финансијски извештаји пружају истинит и поштен преглед финансијског положаја правног лица у складу са релевантним законским оквиром, као и да ли су годишњи финансијски извештаји у складу са посебним прописима који уређују пословање правног лица, ако је то предвиђено тим прописима. Мишљење ревизора може бити позитивно, мишљење са резервом, негативно или се овлашћени ревизор може уздржати од изражавања мишљења ако није у могућности да га изрази; 4) посебна упозорења и проблеме на које лиценцирани овлашћени ревизор жели да укаже, али без изражавања мишљења са резервом; 5) мишљење о усклађености извештаја о пословању са финансијским извештајима за исту пословну годину. Закон о ревизији, чл. 30.

- 51 Пример из пословне праксе: „Ванредни извештај ревизора са стањем пословних књига и прегледом обавеза на дан 31. август 2016. године“ садржи: увод, кључни налази, биланс стања, напомене уз биланс стања и преглед класа поверилаца.
- 52 Овлашћени ревизор Ревизорског друштво „Rosh audit доо Београд“ је сачинило „Ванредни извештај ревизора са стањем пословних књига и прегледом обавеза на дан 31. август 2016. године“, искључиво ради стицања увида од стране стечајног дужника Х и од стране стечајног судије у ста-

У судској пракси је постављено питање да ли се поднети УППР, са приложеним ванредним извештајем ревизора у коме је дато „мишљење са резервом“⁵³, може сматрати садржински потпуним и да ли се може приступити његовом изгласавању. Привредни апелациони суд је стао на становиште да законска одредба о обавезној садржини УППР не прописује да мишљење ревизора мора да буде одговарајућег квалитета, због чега треба узети да је овако поднет план потпун. Мишљење ревизора са резервом цениће повериоци стечајног дужника при опредељивању у поступку доношења одлуке о усвајању УППР⁵⁴.

Закључак

План реорганизације представља основ за реорганизацију, тј. основ за продужење живота стечајног дужника. Он је сложен правно-економски институт, којим се замењује стечајни поступак, а уједно мења правни статус дужника и других учесника у поступку реорганизације. Циљ плана је да се побољша имовинскоправни положај стечајног дужника а повериоци намире у целини или у одређеном проценту.

У стечајном праву Србије постоје две врсте реорганизације: план реорганизације и УППР. Реч је о два формална поступка реорганизације. За наш предмет истраживања од значаја је УППР.

Да би могли да објаснимо и разумемо ревизију у поступку усвајања УППР било је потребно да у најкраћем објаснимо УППР, појмовно одређење ревизије и њене врсте, полазећи од различитих критеријума за њихову класификацију.

За наш предмет истраживања од посебног значаја је подела ревизије на редовну и ванредну. Редовна произлази из општег закона о ревизији, а ванредна из неког посебног закона, у нашем предметном случају из Закона о стечају, у поступку усвајања УППР. Осим одређених сличности, ове две врсте ревизија се разликују у низу елемената, што их чини посебним.

ње обавеза исказаних у пословним књигама субјекта ванредне ревизије (стечајни дужник X) у поступку израде, подношења и усвајања УППР прописаног чл. 156. Закона о стечају.

53 Због неадекватног тока документације није усаглашено стање обавеза у пословним књигама стечајног дужника и није књиговодствено евидентирано стање обавеза по основу одређених пословних трансакција и да није било могуће поуздано утврдити да ли пословне књиге садрже исправне и потпуне износе обавеза према свим повериоцима на дан сачињавања поднетог УППР.

54 Привредни апелациони суд – Питања и одговори – радни материја са XXIII саветовање привредних судова Републике Србије, Златибор, септембар 2015. године – са веб сајта: www.pa.sud.rs

За потребе спровођења поступка усвајања УППР подносилац плана мора да ангажује ревизора за вршење ванредне ревизије и за састављање ванредног ревизорског извештаја. Предметни извештај представља обавезну законску садржину поднетог УППР пред надлежним стечајним судом.

У поступку вршења ванредне ревизије врши се провера чињеница везано за потраживања поверилаца у УППР, односно да ли се ове чињенице сагласне подацима из пословних књига стечајног дужника. Ванредна ревизија врши се ради утврђивања евентуалних одступања у односу на стање исказано у пословним књигама стечајног дужника, или ради потврђивања да таква одступања не постоје.

Ванредни извештај независног ревизора је документ који прати УППР и не сме бити старији од 90 дана од дана подношења унапред припремљеног плана суду. Везано за његову садржину, законодавац захтева да он обухвати преглед свих потраживања и процентуално учешће сваког повериоца у одговарајућој класи УППР. Ванредни извештај ревизора је документ који ревизор саставља у писаној форми, након извршене ванредне ревизије код стечајног дужника у поступку УППР. Извештај обухвата преглед свих потраживања поверилаца и процентуално учешће сваког од њих у одговарајућој класи УППР. У њему ревизор изражава ревизорско мишљење. Реч је о професионалном мишљењу ревизора до кога долази на основу извршене ванредне ревизије стечајног дужника. Овај извештај представља обавезну законску садржину поднетог УППР пред надлежним стечајним судом.

Dr Ljubiša DABIĆ,
Professor of Faculty of Economics at University of Belgrade
E-mail: ljadic@ekof.bg.ac.rs

AUDIT IN THE PROCESS OF ADOPTION OF PRE-PREPARED PLAN OF REORGANIZATION

Summary

In Serbian bankruptcy law, there are two types of reorganization: reorganization plan and pre-prepared plan of reorganization – (PPPR). For our purpose of study PPPR is of significance. To be able to explain and understand the audit in the process of adoption of pre-prepared plan of reorganization, it was necessary to briefly explain PPPR, conceptual definition of audit and its types.

In the context of this research is of a significant importance the division of audit on ordinary and extraordinary type. Ordinary audit stems from the general audit law and extraordinary audit from any bill, for example Bankruptcy Act in the process of adopting the PPPR. In addition to certain similarities, these two types of audit vary in number of elements, which makes them unique.

For purpose of conducting the process of adoption of PPPR, applicant needs to engage an auditor to perform extraordinary audit and to generate extraordinary audit report. The above stated report represents a mandatory legal content of PPPR filed before the competent bankruptcy court.

Extraordinary audit is carried out to identify any deviations from the facts shown in company records of the debtor, or to confirm that such deviations do not exist.

Extraordinary report of independent auditor is a document that accompanies PPPR and must not be older than 90 days from the day of submission of pre-prepared plan to court. Regarding its content, the legislator requires that it include the review of all claims of creditors and the percentage of each of them in the appropriate class of the reorganization plan.

Key words: *extraordinary audit, extraordinary audit report, pre-prepared plan of reorganization.*

Др Бранко РАДУЛОВИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду
Лука АНДРИЋ
Адвокатска канцеларија „Андрић“

НАМЕТАЊЕ ПЛАНА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ НЕСАГЛАСНОЈ КЛАСИ ПОВЕРИЛАЦА*

Резиме

*Рад разматра разлоге због којих је увођење института наметања плана несагласној класи поверилаца (енгл. *stap-down*) у тренутним околностима и у контексту стечајне праксе у Републици Србији непримерено и може негативно утицати на ефикасност стечајног поступка. У првом делу рад анализира институт „наметања плана несагласној класи поверилаца“ и услове потребне за потврђивање (усвајање) плана реорганизације у упоредном праву. У другом делу разматрамо низ фактора који чине предложени институт знатно мање потребним у нашим условима, пре свега низак праг потребан за усвајање плана, постојеће наметање плана класи повезаних лица и власницима стечајног дужника, формирање само једне класе разлучних поверилаца, као и фактора који ограничавају његову потенцијалну примену у стечајној пракси.*

Кључне речи: *наметање плана реорганизације, несагласна класа поверилаца, разлучни повериоци.*

І Увод

Повод овог рада је извештај рађен за потребе Европске банке за обнову и развој (ЕБРД) који се бави препрекама које стоје на путу реша-

* Рад представља прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду. Аутори су били чланови радне групе за израду Закона о изменама и допунама Закона о стечају. Захваљује се Николи Илићу на корисним коментарима.

вања проблематичних кредита у Републици Србији.¹ Извештај садржи низ предлога који указују на могућа решења којима се отклањају помену-те препреке. Као једна од битних препрека у области стечајног законодавства у Републици Србији наводи се могућност да било која класа несагласних поверилаца, чак и ако нема значајан износ потраживања од дужника, спречи усвајање плана реорганизације односно унапред припремљеног плана реорганизације (УППР). Извештај наводи да постојећа решења у Закону о стечају² (у даљем тексту: ЗоС) не отклањају проблем опортуног понашања поверилаца и да нису у складу са „најбољом међународном праксом“, а нарочито Поглављем 11 Стечајног закона САД (СЗСАД).³ Извештај такође садржи препоруку према којој је у ЗоС Републике Србије потребно унети институт наметања плана реорганизације несагласној класи поверилаца (енгл. *cram-down*), односно да је закон потребно изменити тако да се омогући да план реорганизације буде усвојен, чак и ако му се једна или више класа противи, под условом да повериоци којима припада 2/3 укупне вредности потраживања гласају у корист плана реорганизације, као и да несагласна класа поверилаца не може да буде „неправедно оштећена“,⁴ тј. принуђена да буде намирена у мањем износу

- 1 Нацрт извештаја о постојећим препрекама продаји проблематичних кредита у Србији (енгл. *Draft of Analysis of the existing impediments to the sale of NPLs in Serbia*), доступан је на сајту Министарства финансија Републике Србије на адреси: http://www.mfin.gov.rs/UserFiles/File/strategije/NPL_resolution_in_Serbia_DRAFT_FINAL_18APR.pdf. Верзија на српском језику доступна је на: http://www.mfin.gov.rs/UserFiles/File/strategije/NPL%20resolution%20in%20Serbia%20DRAFT%20FINAL%2018APR_SRB.pdf (1.12.2016).
- 2 Закон о стечају Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС и 83/2014.
- 3 Само коришћење термина „најбоља међународна пракса“ у стечајном законодавству је неодређено. У случају гласања за план реорганизације може се позвати на одељак С 14.3 Принципа ефективног стечајног и дужничко-поверилачког оквира Светске банке из 2011. године који описује гласање и потврђивање плана, а према коме „План треба да буде заснован на јасним критеријумима којима се успоставља правичност између поверилаца сличних карактеристика, признају релативни приоритети и већинско гласање, при чему се несагласним повериоцима и класама нуде приходи једнаки или већи онима које би вероватно добили у случају да се стечај спроводи банкротством (ликвидацијом).“ В. The World Bank 2011 Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes“, доступно на: http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/ICRPrinciples_Jan2011.pdf (20.11.2016). Други извор добре праксе стечајних оквира Законодавни водич Стечајног закона (UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, 2. децембар 2004. године) само наводи алтернативна решења у погледу наметања плана.
- 4 Текст предлога користи термин „неправедно оштећена“ (енгл. *unfairly impaired*). Вероватно је реч о погрешном преводу, јер Стечајни закон САД (али и други стечајни оквири) не утврђује да ли су класе неправедно оштећене, већ користи посебне и различите појмове „правично тре-

у односу на намирење у случају банкротства, а према процењеној ликвидационој вредности, односно процени новчаног износа који би се добио уновчењем имовине спровођењем банкротства. Препорука се, уз мања одступања, суштински своди на правни трансплант, односно представља непотпуно преузимање поједностављених решења садржаних у одговарајућим одредбама СЗСАД. Према мишљењу аутора овог чланка, исправна имплементација оваквог решења имплицитно, али неумитно, захтева и увођење низа других правних института који тренутно не постоје у стечајном праву Републике Србије.⁵

На први поглед, предлог се може учинити целисходним и релативно једноставним решењем описаног проблема. Разлог за увођење овог института је опортуно понашање појединих поверилаца (енгл. *hold-out*), односно могућност одређене групе поверилаца да изнуди боље услове намирења условљавањем подршке плану. Опортуно понашање може довести до два исхода. Први исход је да (изводљив) план, којим се максимизује вредност стечајног дужника, не буде усвојен. Други исход је да предлагач плана издејствује усвајање и потврђивање плана, али да такав план предвиђа потпуно намирење (или изузетно висок проценат намирења) поверилаца који својим положајем могу да изнуде повољнији третман. Планови који излазе у сусрет захтевима таквих поверилаца нису изводљиви, јер не садрже неопходан отпис дуга и/или друге мере, након којих би дужник могао преостали износ дуга редовно да сервисира. Планови или не бивају усвојени или ако су усвојени онда често нису изводљиви.⁶ У стечајној пракси Републике Србије други исход је знатно чешћи. Наиме, учешће планова, а посебно унапред припремљених планова, код којих је након истека грејс периода покренут нови стечајни поступак због неиспуњавања мера предвиђених планом је веома високо. Потреба

тиран“ (енгл. *not unfairly prejudiced*) и „оштећен“. Наведени термини се користе у различитим контекстима (повериоци који су несагласни са планом не смеју бити „неправично третиран“, а о плану гласају само повериоци који су „оштећени“. Треба имати у виду да постоји вишедеценијска, али често и неконзистентна судска пракса различитих стечајних судова о садржини и тумачењу сваког од ова два појма. Чак и уз додатно појашњење коришћењем ликвидационе вредности, чини се да стандард иде изнад стандарда присутних у другим законодавствима.

5 О правним трансплантима у стечајном законодавству в. Ivana Tomas Žiković, Dejan Bodul, Nataša Tomas, „Pitanja pravnog transplantiranja stečajnog zakonodavstva: Kolizija pravne tradicije i ekonomskih čimbenika“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 35, 555-595.

6 То је свакако поједностављен приступ, јер поред тога што мере које су предвиђене планом нису довољне да омогуће одрживо пословање дужника, и само пословање дужника, односно његов пословни модел није адекватан, или је дужник искувише касно поднео план реогранизације. То је, такође, чест случај у Републици Србији.

да се планови учине изводљивим је кључни аргумент у прилог института наметања плана несагласној класи поверилаца.

Сам термин *cram-down* у литератури често означава различите механизме наметања плана несагласним повериоцима.⁷ Наметање плана има два аспекта – хоризонтални и вертикални. Хоризонтални аспект односи се на наметање плана несагласним повериоцима унутар класе. Вертикални аспект односи се на наметање плана несагласној класи поверилаца. У раду термин користимо у ужем смислу као наметање плана од стране суда (односно одређене групе поверилаца) у случају када једна (или више) класа поверилаца спречава изгласавање плана. Циљ института *cram-down* је да омогући усвајање решења којим се максимизује намирење, при чему је третман несагласних поверилаца правичан (фер). Такође, *cram-down* треба да онемогући повериоце који не могу да очекују намирење (*out-of-the-money creditors*) да добију повољније услове услед постојања веродостојне претње ветом. С друге стране, Борк (Bork) наводи да наметање насупрот воље поверилаца чини овај институт проблематичним, јер реструктурирање подразумева сарадњу свих релевантних страна, те је сасвим оправдано да кључни поверилац, сам или у сарадњи са другим повериоцима, може опструирати реструктурирање.⁸ Други аргумент против института је да наметање плана подразумева значајну улогу суда. Последица таквог приступа су могуће погрешне одлуке суда и значајно продужење поступка, што га може потпуно обесмислити.

У раду наводимо разлоге због којих је наведено решење у тренутним околностима и у контексту српске стечајне праксе непримерено, као и зашто може негативно утицати на ефикасност стечајног оквира у Републици Србији. У другом делу анализирамо институт „наметања плана несагласној класи поверилаца“ и услове потребне за потврђивање (усвајање) плана реорганизације у упоредном праву. У трећем делу разматрамо могућност примене и потенцијалне последице увођења овог института у српско стечајно законодавство. У четвртом делу закључујемо.

II *Cram-down* и услови усвајања и потврђивања плана

Стечајни оквири намећу различите услове потребне да би се планови усвојили и потврдили. Прва значајна разлика односи се на начин

7 Термин *cramdown* није коришћен у СЗСАД (одељак 1129 (b)), али се он уобичајено користи у пракси.

8 Reinhard Bork, *Rescuing Companies in England and Germany*, Oxford University Press 2012, 17.43.

гласања – које може бити по главама (поверилаца), према вредности потраживања (поверилаца) или комбиновано. Другим речима, већина се може односити (а) на потребно учешће поверилаца који подржавају план у односу на укупан број поверилаца – гласање по главама, или (б) на потребно учешће потраживања поверилаца који подржавају план у односу на укупна потраживања класе или укупан износ дугова стечајног дужника. Алтернативно, као што је случај у СЗСАД, може да се захтева двострука већина – и према главама и према вредности потраживања. Друга битна разлика односи се на *захтевани праг*, односно проценат поверилаца (према главама или вредности потраживања) потребан за усвајање плана. У упоредном праву постоје значајне разлике у погледу рестриктивности захтева које се тичу већине. У неким законодавствима се захтева, на пример, трочетвртинска или двотрећинска већина, а у другим само проста већина. Поред тога, разликују се и *начини за утврђивање већине*. То може бити апсолутна већина – већина у односу на укупан број поверилаца, односно укупан износ потраживања (за све или у оквиру једне класе), или релативна већина – у односу на присутне – повериоце који гласају на самом рочишту или писаним путем. Трећа битна разлика, односи се на *формирање класа*. На пример, у САД број класа може бити изузетно велик, јер се формира већи број класа разлучних поверилаца.⁹ С друге стране, структура класа у неким законодавствима је веома једноставна – на пример, само стечајни повериоци гласају или се формира само једна класа разлучних поверилаца. Коначно, постоје значајне разлике и према томе *које класе су законом квалификоване да гласају* о предложеном плану реорганизације. Поједина законодавства онемогућавају класе власника и повезаних лица да гласају, у неким стечајним оквирима не гласају класе које су потпуно намирене или оне које неће бити ни делом намирене. Примера ради, у САД класе које нису „оштећене“ (енгл. *impaired*) – у смислу да им се положај не мења усвајањем плана (нпр. нема измене услова намирења њиховог потраживања) – не гласају. У зависности од правила о начину гласања, већине потребне за усвајање плана, формирања класа и третмана квалификованих поверилаца (и власника) којима је омогућено да гласају, зависи и потреба за наметањем плана несагласној класи поверилаца. Што је број класа већи, што су прагови за прихватање

9 Велики број класа настаје као последица тумачења да се разлучни повериоци који имају обезбеђење на различитој имовини налазе у суштински другачијем положају и стога морају бити сврстани у различите класе. Као последица таквог тумачења у пракси је по правилу сваки разлучни поверилац у посебној класи потраживања (осим када постоје повериоци са обезбеђењем на истој имовини).

плана захтевнији, то је и потреба за институтом наметања плана несагласним класама потраживања већа. Поред наведених, постоји и низ других разлика – у погледу улоге стечајног суда, садржаја плана, итд.

Институт наметања плана несагласној класи поверилаца није присутан у свим стечајним законодавствима. Поред стечајног законодавства САД у ком је институт настао, неки стечајни оквири такође садрже ову могућност (Немачка) или су је увели током последњих измена закона (Италија). У неким стечајним оквирима предвиђено је увођење института (Енглеска и Велс), док Препоруке Европске Комисије о новом приступу пословном неуспеху и стечају такође препоручују увођење овог института земљама чланицама Европске уније.¹⁰ Ипак, низ развијених стечајних законодавстава не познаје овај институт, односно не садржи одредбе о могућности наметања плана несагласној класи поверилаца. С обзиром да је институт настао у САД, као и да се сам предлог заснива на СЗСАД, у овом делу ћемо кратко описати поступак усвајања и потврђивања плана у САД, а затим ћемо се осврнути на правила у погледу већина потребних за усвајање плана у упоредном стечајном праву других развијених стечајних оквира.

1. Наметање плана несагласној класи поверилаца у стечајном праву САД

У САД повериоци и власници стечајног дужника гласају за план реорганизације у оквиру класа предвиђених самим планом. Неопходан корак за потребе гласања представља утврђивање да ли је класа оштећена

10 B. Commission Recommendation of 12.3.2014 on a new approach to business failure and insolvency, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_en.pdf (20.12.2016). Тако тачка 18. Препоруке наводи да „План реструктурирања треба бити усвојен од стране поверилаца који имају већину према вредности потраживања у свакој класи на начин уређен у националним законима. У случају да постоји више од две класе поверилаца, земље чланице треба да примењују или уведу одредбе које овлашћују суд да потврди план реструктурирања који подржава већина класа поверилаца, узимајући у обзир величину потраживања које имају такве класе поверилаца.“ Такође, тачка 22. (c) наводи да „план реструктурирања не смањује права несагласних поверилаца у односу на намирење које се очекује у одсуству реструктурирања уколико би дужник био ликвидирани или продат као целина“. Наведена решења дата су и Предлогу Директиве Европског парламента и Савета о превентивним оквирима за реструктурирање, „другу шансу“ и мерама за повећања ефикасности реструктурирања, стечаја и поступака ослобађања дугова и измана Директиве 2012/30/EU доступно на адреси <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016PC0723> (20.12.2016.).

кроз намирење предвиђено планом, будући да у поступку реорганизације у САД гласају само оне класе поверилаца на чији положај план утиче, односно које су оштећене. Тако, одељак 1126(f) СЗСАД сматра да класа поверилаца прихвата план уколико она није планом оштећена (енгл. *unimpaired*).¹¹ Било каква промена (нпр. рокова или услова плаћања) представља промену положаја поверилаца и основ за гласање. Одељак 1126(g) СЗСАД предвиђа да су класе чија се потраживања према плану уопште неће намирити *ex ante* против таквог плана, те такође не гласају.

Услови за усвајање плана различити су у односу на класе поверилаца и класе власника стечајног дужника. Према одељку 1126(c) СЗСАД сматра се да класа поверилаца прихвата план ако су кумулативно испуњена два услова – да план подржава две трећине поверилаца према вредности потраживања у оквиру класе и да план подржава проста већина поверилаца према броју укупних поверилаца у оквиру класе. У оба случаја већина се не односи на апсолутну већину, већ на већину поверилаца који су гласали. У стечајној литератури САД се уобичајено наводи да је кумулативни услов наметнут како би се обезбедила равнотежа између највећих и најмањих поверилаца унутар класе. Док први услов штити повериоце чија је вредност потраживања највећа, други услов иде у прилог повериоцима чија је вредност потраживања мала. Ако су потребне већине гласале за предложени план, несагласним повериоцима унутар класе план је „наметнут“. Праг утврђен одељком 1126(d) СЗСАД којим се одређује потребна већина за класе које формирају власници стечајног дужника је знатно нижи, јер је потребно да план подржи само једна трећина такве класе према укупној вредности капитала. Ако за предложени план гласају све класе, онда уколико су испуњени законом предвиђени услови сходно одељку 1129 СЗСАД, након усвајања плана стечајни судија потврђује план.¹² Ако барем једна класа гласа против, онда стечајни судија може „наметнути“ план несагласној класи (или класама). Од пресудне важности за примену института „наметања“ плана несагласној класи у САД је чињеница да се у стечајној пракси САД разлучни повериоци сврставају у одвојене класе на основу различитих права у погледу предметне имовине и приоритета.¹³

11 Одељак 1124(1) СЗСАД дефинише „оштећену“ класу.

12 Такви планови називају се и консензуалним плановима. В. Richard Maloy, „Primer on Cram-down – How and Why It Works“, *St. Thomas Law Review*, 16, 3-5.

13 В. Jack Friedman, „What Courts do to Secured Creditors in Chapter 11 Cram Down“, *Cardozo Law Review*, Vol. 14, 1500.

Стечајни закон САД омогућава стечајном судији да „наметне“ план несагласној класи поверилаца уколико су испуњена три предуслова.¹⁴ Први предуслов је да за план гласа барем једна од „оштећених“ класа (одељак 1129(а)(10)).¹⁵ Друга два услова односе се на заштиту несагласних класа. Наиме, СЗСАД омогућава наметање плана само ако су интереси несагласних класа заштићени, при чему заштита интереса подразумева да: „[...] план не врши неправедну дискриминацију, и да је поштен и правичан у погледу сваке од класа које су оштећене планом и које нису прихватиле план“.¹⁶

План реорганизације не може бити потврђен ако није правичан и равноправан (енгл. *fair and equitable*) у односу на несагласне класе.¹⁷ Планови реорганизације у складу са Поглављем 11 СЗСАД треба за сваког повериоца да предвиде намирење које не сме бити мање од ликвидационе вредности потраживања.¹⁸ С обзиром да се планом мора остварити (као услов за његову допуштеност) већа вредност дужника у односу на ликвидацију, планови могу „вишак“ вредности расподелити на било који начин уколико за то постоји сагласност класа поверилаца. Ипак, ако такве сагласности нема, односно ако постоји барем једна несагласна класа, онда се услов поштењог и правичног плана суштински своди на примену правила апсолутног приоритета (енгл. *absolute priority rule*), односно план не сме да предвиди да класе нижег реда буду делимично или потпуно намирене ако класе вишег реда нису претходно намирене у потпуности.¹⁹

14 B. J. Ferriell, E. J. Janger, *Understanding Bankruptcy*, LexisNexis, 2nd ed., 2009, 771.

15 Класа власничких интереса која подржава план се не узима у обзир.

16 Kenneth N. Klee, „All You Ever Wanted to Know About Cram Down Under the New Bankruptcy Code”, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 53, 133-172

17 Одељак 1129(b)(1) СЗСАД, B. Ferriell and Janger, 774; Maloy, 13-14; Kenneth N. Klee, „Cram Down II”, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 64, 229.

18 Одељак 1129(a)(7) СЗСАД. Суштински је реч о тесту најбољег интереса поверилаца (енгл. *best interest test*). У случају да одређена класа прихвати план, појединачни поверилац унутар класе може блокирати потврђивање плана, осим ако му план не даје износ једнак барем оном за који се претпоставља да би се остварио у случају банкротства, односно поступка који се води сходно Поглављем 7 СЗСАД. В. Douglas G. Baird, Thomas H. Jackson, Barry E. Adler, *Bankruptcy – Cases, Problems and Materials*, 3rd ed., Foundation Press, 562. Наведени захтев можемо посматрати и тако да планови реорганизације треба да буду Парето супериорни у односу на банкрот.

19 У стечајној пракси САД су одступања од правила апсолутног приоритета уобичајена. Класе вишег исплатног реда допуштају класама нижег исплатног реда да се делимично намире, иако се класе вишег исплатног реда не намирују у потпуности. Одступање од правила апсолутног приоритета представља један од најчешће разматраних питања у стечајној литератури.

Значење термина поштен и правичан разликује се у зависности од класе поверилаца укључујући и класу власника.²⁰ Поштен и правичан план у случају класа разлучних поверилаца значи да оне задржавају заложно право до висине вредности предметне имовине (ако је потраживање веће од вредности предметне имовине) и да план предвиђа намирење једнако садашњој вредности предметне имовине на дан правноснажности плана.²¹ Другим речима, наметање плана у случају разлучних поверилаца захтева намирење једнако вредности предметне имовине уз тржишну каматну стопу (садашња вредност колатерала).²² Алтернативно, план може предвидети продају предметне имовине и намирење разлучних поверилаца из средстава остварених продајом. Коначно, план може предвидети и друге начине намирења разлучних поверилаца, при чему такво намирење представља „несумњив еквивалент“ (енгл. *indubitable equivalent*) који је једнак или већи од садашње вредности предметне имовине.

У односу на стечајне повериоце план је поштен и правичан ако се они потпуно намирују, али се план може наметнути и ако се томе противи класа стечајних поверилаца уз услов да се класе нижег реда уопште не намирују.²³ Потпуно намирење стечајних поверилаца је изузетак, осим у случају намирење поверилаца у оквиру административне класе.²⁴ Ипак, план не може да намири класе вишег реда више него што износе призната потраживања.

У случају власника, наметање плана по правилу значи да они као лица са резидуалним интересима у односу на повериоце губе своје власничке уделе у реорганизованом стечајном дужнику (осим ако се повериоци не сложе са планом који омогућава власницима да задрже контролу или барем учешће у власништву над стечајним дужником). То подразуме-

ри. B. Douglas G. Baird, Donald S. Bernstein, „Absolute priority, valuation uncertainty, and the reorganization bargain”, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, 1930-1970.

20 *Id.* 771.

21 Ако признато потраживање разлучног повериоца износи 100, а процењена вредност средства обезбеђења је већа од тог износа, план мора предвидети намирење од најмање 100 током периода извршења плана, при чему садашња вредност будућих отплата треба да износи 100. Поред тога, поверилаца задржава разлучно право.

22 Patrick Halligan, „Cramdown Interest, Contract Damages and Classical Economic Theory”, *American Bankruptcy Institute Law Review*, Vol. 11, 131.

23 Одељак 1129(b)(2)(B)(ii) СЗСАД.

24 План може предвидети формирање посебне класе коју чине потраживања необезбеђених поверилаца која су мања од износа који суд утврди као разумним из административних разлога.

мева да је стечајни дужник несолвентан. Изузетак од правила апсолутног приоритета је „нов новац“, тако да се власницима омогућава да задрже власништво, ако унесу нови капитал у дужника.

Трећи услов односи се на забрану неправедне дискриминације (енгл. *unfair discrimination*).²⁵ Овај захтев се своди на спречавање различитог третмана истих, односно сличних потраживања без пружања адекватног разлога. Правила гласања битно утичу на подстицаје подносиоца плана реорганизације у погледу формирања класа. У случају када је то могуће, подносилац плана планом формира класе тако да обезбеди усвајање плана.²⁶ По правилу се, кад год је то допуштено услед постојања довољне разлике у погледу карактеристика потраживања, несагласни повериоци сврставају се у више класа тако да буду прегласани од стране поверилаца који подржавају план. Ипак, „прекрајања“ класа (енгл. *gerrymandering*), односно слобода приликом формирања класа је веома ограничена. Одељак 1122(а) прописује да план може сврстати потраживање односно власнички интерес у посебну класу само ако је то потраживање суштински слично другим потраживањима те класе. Сличност се при томе одређује према приоритету потраживања, али и на основу других битних карактеристика потраживања. Формирање посебних класа како би се обезбедило усвајање плана без ваљаних разлога у погледу специфичности потраживања није дозвољено.

Наметање плана несагласној класи по правилу захтева процену вредности стечајног дужника под претпоставком наставка пословања (енгл. *going concern*). Стога, механизам наметања плана несагласној класи подразумева да су стечајни судови у позицији да јасно утврде да ли одређене класе имају „економски“ интерес у погледу стечајног дужника. То, с друге стране, поред специфичног знања самих стечајних судија захтева и постојање поузданог и ефективног оквира за процену вредности стечајног дужника и његове имовине и могућности за наставак пословања. Наравно, саму процену вредности стечајног дужника одликује висок ниво

25 Маркел (*Markell*) посматра забрану неправедне дискриминације као правило које треба да омогући правичност унутар класа, односно да осигура једнак третман поверилаца истог нивоа приоритета. С друге стране, захтев поштеног и правичног плана треба да осигура правичност између класа. В. Bruce A. Markell, „New Perspective on Unfair Discrimination in Chapter 11“, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 72, 227.

26 В. Linda J. Rusch, „Gerrymandering the Classification Issue in Chapter Eleven Reorganizations“, *University of Colorado Law Review*, Vol. 63, 165; Stefan A. Riesenfeld, „Classification of Claims and Interests in Chapter 11 and 13 Cases“, *California Law Review*, Vol. 75, 392-397.

неизвесности.²⁷ Коначно, треба нагласити да је потреба за наметањем плана несагласној класи у САД у великој мери узрокована високим (и кумулативним) прагом гласања поверилаца за усвајање плана, односно већином потребном за усвајање плана, као и чињеницом да се у стечајној пракси САД формирају посебне класе разлучних поверилаца, те је могућност опортуног понашања појединачних класа знатно већа.

2. Потребна већина и наметање плана несагласној класи поверилаца у другим стечајним законодавствима

У Великој Британији (Енглеској) потребне већине зависе од модалитета спровођења реорганизације.²⁸ Тако у случају примене тзв. поступка добровољног споразума – CVA (*Company Voluntary Arrangement*) је потребно 75% гласова према вредности потраживања поверилаца (присутних на састанку) и преко 50% вредности приликом гласања на састанку власника.²⁹ Ипак, ако предлог добије потребну подршку, он се не примењује на преференцијалне и обезбеђене повериоце, осим ако се они са тим не сагласе. У пракси обезбеђени повериоци се ретко прикључују овом поступку, а поступак карактерише висок проценат неуспешних реорганизација (око 60%).³⁰

Поступак плана уређења (енгл. *scheme of arrangement*) дели повериоце и власнике у класе. Да би суд потврдио план потребно је да га све класе

27 Kerry O'Rourke, „Valuation Uncertainty in Chapter 11 Reorganizations“, *Columbia Business Law Review*, Vol. 403/2005.

28 Стечајни оквир Енглеске и Велса омогућава неколико формалних механизма реструктурирања: Company Voluntary Arrangements (CVAs), schemes of arrangement, administration и комбинација два поступка scheme of arrangement и administration. За увод у стечајно право Енглеске в. Vanessa Finch, *Corporate insolvency law: perspectives and principles*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2009. Преглед стечајног законодавства на снази у 2016. години дат је у Catherine Balmond, Katharina Crinson, England and Wales у *Getting the Deal Through – Restructuring and Insolvency 2017*, (ed. Bruce Leonard), Law Business Research. Нови стечајни закон који ступа на снагу у априлу 2017. године, доступан је на http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2016/1024/pdfs/ukxi_20161024_en.pdf (20.12.2016).

29 CVA поступак започиње тако што управа друштва упућује предлог стечајном управнику који затим подноси извештај суду како би се сазвали састанци власника и поверилаца дужника на којима се разматра предлог. На састанцима власника односно поверилаца предлог треба бити подржан од стране потребних већина.

30 У 2015. године, од 357 поступака, чак 214 је било неуспешно тако да је проценат неуспешних поступака CVA око 60%. Подаци наведени према https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/525529/Consultation_stage_corporate_insolvency_consultation_Impact_Assessment_-_Mar_2016.pdf (28.11.2016).

подрже, при чему је неопходно да апсолутна већина по главама има најмање 75% потраживања према вредности.³¹ Дужник може изоставити повериоце чија се права планом уређења не мењају. Уколико предлог добије подршку он је, након потврде од стране суда, обавезујући за све повериоце дужника.³² Другим речима, план уређења омогућава наметање споразума унутар класа како необезбеђених, тако и обезбеђених поверилаца. У пракси овај механизам се користи како би се променило или уклонило различито право, али поступак има бројне недостатке, пре свега јер не подразумева забрану извршења и намирења. Иако план уређења не омогућава наметање плана уређења несагласној класи, у скорашњој стечајној пракси, комбинација плана уређења са поступком управе омогућила је и наметање споразума несагласној класи. Поступак управе (енгл. *administration*) је поступак у коме ангажовано лице – управник управља дужником. Управник може покушати да реорганизује или прода дужника као целину или у деловима водећи рачуна о интересу свих поверилаца. У односу на поступак плана уређења, поступак управе не омогућава наметање решења обезбеђеним повериоцима. С друге стране, с обзиром да поступак управе подразумева мораторијум, тј. забрану извршења и намирења, у скорашњој пракси ова два поступка се често комбинују. Други разлог комбинације два поступка је могућност наметања плана несагласној класи поверилаца.³³ Комбинација два механизма отворила је низ нових питања у примени, посебно у погледу процене вредности стечајног дужника.

31 V. Companies Act 2006, s.899(1)

32 Нацрт споразума је уређен Компанијским законом из 2006. године (Companies Act 2006). Овај поступак омогућава дужицима да постигну споразум о реструктурирању обавеза са својим како необезбеђеним, тако и обезбеђеним повериоцима.

33 Први пут је комбинација два поступка предложена 2004. године у поступку Re MyTravel Group Plc. В. Jennifer Payne, „Debt Restructuring in English Law: Lessons from the US and the need for reform“, *Legal Quarterly Review*, 282; Rodrigo Olivares-Caminal, John Douglas, Randall Guynn, Alan Kornberg, Sarah Paterson, Dalvinder Singh, Hilary Stonefrost, *Debt Restructuring*, Oxford University Press, 2012, 163-164. У посматраном случају класа власника обвезница стечајног дужника, која суштински није могла да очекује намирење, блокирала је поступак реструктурирања како би остварила боље услове на штету поверилаца вишег реда. С обзиром да ниједан од поступака појединачно не омогућава наметање плана несагласној класи у поступку је предложена комбинација плана уређења и управе. Планом је предвиђено да потраживања према класама вишег реда реструктурирана, при чему су власници обвезница изостављени јер њихова права нису мењана планом уређења. Имовина дужника би затим била продата купцу (у власништву поверилаца вишег реда), док би повериоци нижег реда остали са потраживањима према дужнику који је остао без имовине.

У Великој Британији нови стечајни оквир треба да ступи на снагу у априлу 2017. године. Једна од предложених промена усмерена је на увођење института наметања плана под условом да се планом обезбеђени и необезбеђени повериоци намирују барем у износу који би добили у случају ликвидације стечајног дужника.³⁴

Немачки Закон о стечајном поступку (нем. *Insolvenzordnung*, скр. *InsO*), под утицајем СЗСАД,³⁵ намеће два услова које је неопходно испунити како би план био потврђен.³⁶ Први услов према закону (у даљем тексту НЗСП) односи се на већину гласова за сваку класу.³⁷ Други услов односи се на постојање већине поверилаца према вредности укупних потраживања за сваку класу. У односу на услове које намеће СЗСАД, услови су нешто мање рестриктивни. Слично СЗСАД, повериоци који нису оштећени немају право гласа,³⁸ али истовремено план на такве повериоце нема утицај.³⁹

Немачки закон, слично стечајном оквиру у САД, предвиђа могућност наметања плана несагласној класи поверилаца која се у немачком оквиру назива забраном опструкције (нем. *obstruktionsverbot*).⁴⁰ Формално, разлика између немачког решења и СЗСАД је у томе што се сматра да класа, ако су испуњени наведени услови, подржава план, док се у САД она „прегласава“ од стране стечајног судије (односно план јој се „намеће“). Према НЗСП наметање је могуће (сматра се да је класа сагласна) ако су испуњена три услова: 1) повериоци несагласне класе не могу бити доведени у неповољнији положај у поређењу са околностима у којима план не би био усвојен, 2) несагласна класа у адекватној (разумној) мери учествује у расподели економске вредности дужника и 3) план има подршку

34 UK Insolvency Service „A review of the corporate insolvency framework – options for reform“, May, 2016. Документ доступан на https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/525523/A_Review_of_the_Corporate_Insolvency_Framework.pdf (28.12.2016).

35 Bork, 17.34.

36 Пречишћена верзија немачког Закона о стечајном поступку доступна на <https://dejure.org/gesetze/InsO>, 3.1.2017. У раду је коришћена верзија закључно са изменама и променама закона од 29.12.2016. године, доступним на https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl116s3147.pdf%27%5D__1484234352707 (28.12.2016).

37 Члан 244 НЗСП.

38 Члан 237 НЗСП тачка 2. онемогућава гласање стечајних поверилаца у случају да се планом њихов положај не мења. Чланови 238 и 238а предвиђају сходну примену чл. 237 за друге класе поверилаца.

39 Чл. 223 НЗСП.

40 Чл. 245 НЗСП.

већине класа које гласају. Први услов представља немачку верзију „теста најбољег интереса поверилаца“, јер суд треба да утврди да ли план предвиђа намирење које је веће или једнако у односу на оно које би повериоци несагласне класе остварили у случају банкротства. Приликом одређивања испуњености овог услова суд не посматра само предвиђено и алтернативно намирење, већ цени и изводљивост плана. Други услов, „разумно учешће“ несагласне класе у расподели економске вредности, суштински одговара захтеву правичног и равноправног третмана поверилаца у СЗСАД. Трећи услов донекле се разликује, јер за разлику од СЗСАД није довољно да барем једна класа гласа за план, већ то мора учинити већина.

Постоји неколико претпоставки за примену „разумног учешћа“ у расподели економске вредности. Први услов је да поверилац планом не може да добије економску вредност која превазилази износ његовог потраживања. Други услов односи се на приоритет намирења, тако да повериоци нижег реда не могу бити намирени, ако претходно повериоци вишег реда нису намирени у потпуности. Суштински се овај услов своди на правило апсолутног приоритета, као у СЗСАД. Трећи услов се односи на равноправан третман поверилаца унутар класе.

Како би се успоставила равнотежа између супротстављених интереса, несагласни поверилац се може жалити на план ако покаже да је у горем положају у односу на ситуацију у којој план не би био усвојен. Суд у том случају одбацује план. У пракси се ова *crum down* одредба не примењује на разлучне (обезбеђене) несагласне повериоце, јер они обично могу одмах да предоче доказ *prima facie* да се планом стављају у неповољнији положај.⁴¹ Целокупан поступак сматра се исувише компликованим, при чему долази до продужења поступка услед честих грешки, тако да наметање плана несагласној класи нема значајну подршку у немачкој пракси.⁴²

У Италији се већина такође разликује у зависности од врсте поступка. Тако је у такозваном 182 bis поступку потребно 60% поверилаца, док је у случају поступка *Concordato preventivo* потребно 51% за сваку класу поверилаца, а у случају *Concordato fallimentare* потребно је 51% поверилаца према њиховом броју који чине две трећине потраживања за сваку класу, али и укупних потраживања. У Француској *Procédure de sauvegarde* гласа се према формираним одборима, тако да формира одбор

41 Bork, 17.34.

42 *Id.*

финансијских поверилаца, одбор комерцијалних поверилаца, и ако постоји и одбор власника обвезница дужника. Процедура захтева сагласност две трећине поверилаца према величини потраживања за сваки од одбора. Разлике између стечајних оквира Италије и Француске поред разлике у потребном прагу, формирању класа, огледају се и у могућностима наметања плана несагласним класама поверилаца. Док је институт наметања плана несагласној класи скорашњим изменама унет у италијански стечајни оквир, у Француској то није учињено ни након последњих измена стечајног оквира.

III О потреби увођења института наметања плана несагласним класама поверилаца у стечајни оквир Републике Србије

Иако нека развијена стечајна законодавства садрже институт наметања плана, док друга разматрају његово увођење, приликом оцене потребе за овим институтом у Републици Србији потребно је пажљиво сагледати контекст и постојећи стечајни оквир. Неке карактеристике стечајног оквира у Републици Србији чине институт *cram-down* знатно мање потребним, док би низ других фактора знатно отежао његову адекватну примену. Увођење овог института изискивало би, неизбежно, увођење додатних сигурносних механизма и нових института и правних стандарда, те стога и велику промену стечајног оквира и праксе, при чему би његова примена имала низ нежељених последица.

1. Низак праг потребан за усвајање плана реорганизације

Српски стечајни оквир према критеријумима потребним за усвајање плана од стране поверилаца (наметање плана унутар класе) ствара знатно мање препреке у односу на друге стечајне оквире. Закон о стечају као услов потребан за усвајање плана предвиђа само апсолутну већину поверилаца према вредности потраживања за сваку од формираних класа.⁴³ Тако дефинисана минимална потребна већина омогућава знатно лакше наметање плана несагласним повериоцима, а тиме је и потреба за постојањем одредби које уређују институт наметања плана несагласној класи (како би се онемогућило опортуну понашање поверилаца) знатно мања. Оно што потенцијално отежава усвајање плана је што се уместо релативне користи апсолутна већина, али се то чини логичним решењем услед ниског прага потребног за усвајање.

43 ЗоС, чл. 165. ст. 10.

2. Формирање једне класе разлучних поверилаца

ЗoS не ограничава максималан број класа. Повериоци истог исплатног реда могу бити разврстани у више класа у зависности од карактеристика њихових потраживања. Чл. 165. ст. 3. ЗoS прописује да се потраживања поверилаца деле најмање на класе по основу њихових разлучних права и права приоритета њихових потраживања према исплатним редовима из чл. 54. ЗoS (дакле, уз посебно формирану класу разлучних поверилаца).⁴⁴ Ипак, у стечајној пракси Републике Србије разлучни повериоци су по правилу (и установљеном тумачењу ЗoS од стране судова) смештени у јединствену класу разлучних поверилаца. Повериоци са разлучним потраживањима улазе у класу разлучних поверилаца само за онај део разлучног потраживања који одговара процењеној вредности имовине на којој постоји разлучно право. Тако формирана класа разлучних потраживања је велика и свеобухватна, а несагласни разлучни повериоци бивају прегласани од стране веће групе сагласних поверилаца. Другим речима, у пракси правила гласања у великој мери онемогућавају несагласним разлучним повериоцима да блокирају усвајање плана (осим када исти представљају већину која се противи плану, у ком случају и није целисходно ни правично таквој већини наметати план).

Поред тога, овим приступом смањује се значај класификације потраживања у смислу примене стандарда суштинских и сличних потраживања, али се такође смањује дискреција како предлагача, тако и суда. Услед много ширег тумачења стандарда суштинских и сличних потраживања, на пример у односу на САД,⁴⁵ и стриктне примене начела једнаког третмана и равноправности поверилаца, у стечајној пракси Републике Србије знатно је теже формирати различите класе разлучних, али и сте-

44 „Услови за формирање једне или више додатних класа прописани су чл. 165. ст. 6. Закона о стечају и то: 1. ако су стварне и суштинске карактеристике потраживања такве да је оправдано формирање посебне класе и 2. ако су сва потраживања у оквиру предложене посебне класе у значајној мери слична, изузимајући класе формиране из административних разлога. Формирање посебних класа може наложити стечајни судија, али формирање посебних класа може планом реорганизације предложити и предлагач плана (што је у пракси знатно чешће). Уколико је предлагач плана додатне класе формирао у складу са чл. 165. ст. 6. Закона о стечају, поштујући прописане критеријуме, суд није овлашћен да цени неопходност формирања истих, већ само законитост.“ В. Питања бр. 74 и 75, *Судска пракса привредних судова – Билтен*, бр. 4/2011.

45 Треба приметити да је одредба о начину и условима формирања додатних класа и стандард суштински сличних потраживања пренет из СЗСАД у стечајно законодавство Србије Законом о стечајном поступку из 2004. године, а задржан је и у данас важећем Закону о стечају.

чајних поверилаца.⁴⁶ Последица овог приступа је да се у пракси формирају веће класе, односно да је њихов број релативно мали у односу на неке друге стечајне системе.

Подела таквих класа на две или више класа, у одсуству института наметања плана, суштински не би утицала на резултат гласања о плану реорганизације. Ако нема просте већине у већој класи поверилаца, подела не би променила исход, јер се математички гледано проста већина не би формирала барем у једној од таквих мањих класа. Формирањем већих класа смањују се могућности за „прекрајање“ и произвољно формирање класа у стечајном оквиру Републике Србије који нема вишедеценијско искуство у примени савремених стечајних концепата, нити постоји довољан број стечајних судија који могу да примене концепте који су, са друге стране, присутни у дугом временском периоду, пре свега, у стечајном законодавству САД.⁴⁷ Ако бисмо сагледавали друге измене стечајног система, попут увођења двотрећинске већине гласова (у односу на укупна потраживања) као услов за примену института наметања плана несагласним класама поверилаца, чини се да ни то не би решило проблем опортуног понашања у односу на постојеће решење. У великом броју случајева стечајни повериоци потражују више од две трећине укупних потраживања,⁴⁸ тако да би наведено правило у свим таквим случајевима омогућило стечајним повериоцима да надгласају разлучне повериоце, што се не чини као целисходно или правично решење.⁴⁹

46 Одређени (оправдани) изузеци од овакве примене свакако постоје (нпр. у случају када повериоци имају вишеструко обезбеђење или више дужника, када повериоци имају обезбеђење на имовини трећих лица, и сл.).

47 Модерни институт плана реорганизације у Републици Србији уведен је тек Законом о стечајном поступку 2004. године.

48 Или, посматрано другачије, вредност имовине под теретима често је мања од једне трећине укупног дуга стечајног дужника

49 Тиме би се такође дужници и необезбеђени повериоци подстакли да створе што већи необезбеђени дуг, како би постигли „апсолутну“ већину од две трећине укупног дуга. А то би за обезбеђене повериоце (најчешће банке) представљало будућу неизвесност и значајан ризик приликом давања кредита са обезбеђењем, јер би било који будући необезбеђени дуг могао да допринесе постизању такве „апсолутне“ већине, што би све значајано утицало на доступност кредита у српској привреди.

3. Наметање плана несагласним класама је делом већ садржано у Закону о стечају

ЗоС већ садржи делимично наметање плана, будући да, за разлику од СЗСАД, ЗоС према чл. 165 не омогућава формирање класе власничких интереса, док класа повезаних лица не гласа о плану.⁵⁰ Тиме ЗоС делимично решава и проблем поверилаца који су повезана лица, док власник стечајног дужника има знатно мању преговарачку моћ. Увођење института наметања плана несагласној класи требало би, конзистентности ради, да обухвати и измене ЗоС које би омогућиле и формирање класе власничких интереса, која би у релативно неразвијеном стечајном систему какав је српски, лако могла да побољша своју преговарачку позицију (примера ради, коришћењем различитих процена вредности имовине које би омогућиле њено учешће у намирењу, односно задржавање власничког учешћа или постизање других користи, попут наплате потраживања повезаних лица). Чак и ако то није случај, односно ако план реорганизације подносе повериоци, класа власничких интереса могла би да користи веродостојну претњу коришћења процене вредности којом би показали да та класа може очекивати намирење.

4. Подстицај за „прекрајање“ класа

Један од циљева института наметања плана несагласној класи је спречавање опструкције класа чија потраживања неће бити намирена ни делимично. Треба имати у виду да институт отвара *могућност злоупотребе*, јер би подносилац плана (нпр. разлучни поверилац) увек могао да тврди да је степен намирења несагласних класа поверилаца (типично необезбеђених поверилаца) у случају банкрота једнак нули, те би тако могао да искључује поједине класе из поступка усвајања. У пракси би то могло довести до значајнијег проблема злоупотребе формирања, односно „фризирања“ класа поверилаца, како би се обезбедила већина потребна за усвајање плана. Као и у стечајном оквиру САД, у било ком случају наметања плана било би потребно омогућити да се несагласни поверилац може жалити на план ако покаже да је у горем положају у односу на ситуацију у којој план не би био усвојен (односно, да би у банкроту он конкретно повољније био намирен). Тиме се ствара нови проблем услед непоузданости процена вредности, али и услед тога што се отвара питање доказивања да је реорганизација повољнији начин намирења од банкро-

50 ЗоС, чл. 165 ст. 7.

та за сваког појединачног повериоца (што је значајно захтевнији стандард од данас постојећег у Републици Србији).

5. Проблем одређивања оштећене класе поверилаца и непоуздане процене вредности

Један од предуслова примене *crum down* института је утврђивање да ли су појединачне класе оштећене предложеним планом реорганизације. Адекватно одређивање оштећених класа, тј. оних који добијају више у случају банкротства стечајног дужника, било би веома тешко применити у тренутној стечајној пракси. Поред тога што привредни судови, у постојећим условима, веома тешко излазе на крај са утврђивањем вредности на основу вишеструких процена које се тичу утврђивања висине обезбеђеног потраживања за потребе гласања,⁵¹ омогућавање подносиоцу плана да онемогући једну или више класа да гласа створило би додатне подстицаје за манипулацију проценама вредности. Како начело једнаког третмана захтева да се повериоцима омогући да поднесу сопствене процене, то би довело до спорова у погледу процена и вероватно би значајно успорило стечајни поступак (реално је за очекивати и значајно већи просечан број процена које би се достављале у свим поступцима реорганизације). При томе, постојао би и проблем упоредивости процена и различитих приступа потенцијалном. На пример, један поверилац може поднети ликвидациону процену појединачне имовине, а други ликвидациону процену на бази продаје имовинских целина.

Из упоредне стечајне праксе увиђа се да је поузданост процена вредности и утврђивање разлике између ликвидационе вредности и вредности која се остварује наставком пословања стечајног дужника од кључног значаја за примену института наметања плана несагласној класи. У Републици Србији, регулаторни оквир којим се уређује питање процена вредности непокретности се тек установљава. Функционални систем који ће омогућити знатно поузданије процене вредности биће потпуно функционалан тек за неколико година. Процене вредности стечајног дужника, процене опреме и остале имовине стечајног дужника ће и у наредном периоду бити испод потребних стандарда квалитета. Тиме је знатно ограничена могућност адекватне примене „теста неправедно

51 ЗоС, чл. 160 ст. 2.

оштећених“ поверилаца, уз потенцијално значајне консеквенце по несасгласне (разлучне) повериоце.⁵²

6. Потенцијално погоршање положаја разлучних поверилаца

Институт наметања плана могао би битно да утиче на *положај несасгласних разлучних (обезбеђених) поверилаца*. С обзиром да предложено решење, које у потпуности пресликава решење из СЗСАД, план би теоријски могао бити усвојен чак и ако већина класа гласа против (нпр. само један поверилац који представља 2/3 свих потраживања може наметнути план свим осталим повериоцима). Таква могућност, уз непримењивање правила апсолутног приоритета класа (које иначе постоји и у СЗСАД и ЗоС,⁵³ али се у српској стечајној пракси уопште не примењује), довела би до значајних проблема у примени. На пример, повериоци који имају обезбеђење на имовини трећих лица, а који формирају посебну класу (што је уобичајена ситуација у пракси) не могу доказати да би се у случају банкрота стечајног дужника уопште намирили, па би разумно било за очекивати да би кроз праксу такви повериоци могли и у плановима реорганизације (у случају увођења института наметања плана) да очекују веома ниско или чак нулто намирење (примера ради, кроз потпуни отпис потраживања или конверзију у капитал дужника који би могли да им буду наметнути, јер правила о намирењу једне класе могу бити различита у односу н другу класу у којој је, рецимо, поверилац који намеће план). Иако то није од теоријског значаја за ово разматрање, треба напоменути да би увођење института наметања плана очигледно и неизбежно била у потпуности супротна најављеним изменама и допунама Закона о стечају чији је један од основних циљева јачање положаја разлучних поверилаца.⁵⁴

52 На пример, план може предвидети да разлучни поверилац не буде намириван у првом периоду плана, односно план може предвидети тзв. *bullet repayment* на крају примене плана, при чему би предметна имовина на којој постоји разлучно право у том периоду могла значајно да смањи своју вредност. Слично, конверзија дуга у власничке уделе могла би се наметнути разлучним повериоцима, тако што би предлагач плана тврдио да се они на тај начин у потпуности намирују.

53 ЗоС, чл. 168.

54 Могуће је ограничити одредбу тако да се примењује само на стечајне повериоце или применити решење, слично немачком стечајном оквиру, према коме се у пракси *stat down* одредба не примењује на разлучне несасгласне повериоце, јер они обично могу одмах да предоче доказ да се планом стављају у неповољнији положај. Ипак, питање је да ли би то могли да учине тако лако и у српским условима, где се у пракси полази од претпоставке да се у случају продаје у банкроту не постиже пуна тржишна вредност, а сваки предлагач би у плану могао да предвиди потпуно намирење разлучног повериоца кроз дужи низ година, чиме би се та-

7. Непостојање судске оцене одрживости планова

Cram down у сваком систему (па и у САД) захтева значајну улогу стечајног судије, који треба да оцени да ли би несагласни повериоци били у неповољнијем положају у случају усвајања плана, што у случају САД између осталог захтева и оцену да ли је план уопште изводљив. Са друге стране, улога судије у српском стечајном оквиру у случају подношења плана ограничена је на оцену законитости, али не и на оцену изводљивости плана. Да би судија донео одлуку о положају несагласних поверилаца, он би морао узети у обзир и изводљивост плана (вероватноћу да ће план бити испуњен), што у Србији није случај, нити делује да је то тренутно пожељно или целисходно применити.

Другим речима, у односу на САД, где постоји претпоставка да план неће бити потврђен ако је вероватно да ће након усвајања ипак доћи до ликвидације стечајног дужника (осим ако није реч о ликвидационом плану реорганизације) или је поновна реорганизација од стране судије оцењена као вероватна, у Републици Србији ЗоС препушта оцену изводљивости плана искључиво повериоцима. У околностима када потребна већина поверилаца подржава план, иако тај план није изводљив (ако план није незаконит) нема других препрека његовом усвајању.⁵⁵

Примена института наметања плана несагласној класи као потребан услов захтева и судску (или барем независну) оцену изводљивости плана. ЗоС већ садржи решење која захтева независну оцену изводљивости, али таква оцена није представљала препреку подношењу, усвајању и потврђивању неизводљивих планова.⁵⁶

У случају да се уведе институт наметања плана, а да се детаљно не уреди питање судске оцене изводљивости планова, веома лако би сваки предлагач могао да прође тест „неправедно оштећених поверилаца“. Дужник би у плану имао подстицај да наведе нереалне степене намирења, како би показао да је такво намирење за сваког повериоца боље од бан-

кав поверилац сврстао у оне који „нису оштећени“. Тиме би план, иако очигледно неизводљив, могао бити наметну противно вољи таквог повериоца.

55 У стечајној пракси у Републици Србији повериоци често, из специфичних разлога, гласају за неодрживе планове, које стечајни судија затим потврди доношењем одговарајућег решења. За такво понашање поверилаца, како разлучних, тако и стечајних постоје разлози чије детаљно разматрање није предмет овог рада.

56 Обавезни део садржаја УППР-а је и изјава од стране ревизора или лиценцираног стечајног управника да је план изводљив.

крота, што би дакле омогућило да се потврде и (очигледно) неизводљиви планови, а тиме и могућност за злоупотребе драстично расте.

За разумевање могуће примене института наметања плана несасгласним повериоцима, од пресудне важности је сагледавање улоге стечајних судија у Републици Србији, која је веома различита у односу на положај стечајних судија у САД. У Републици Србији се од стечајних судија не очекује да доносе „економске“ одлуке (као што је оцена одрживости плана реорганизације). Судије се пре свега старају о законитости плана и самог поступка његовог предлагања и усвајања, а вероватно да би се и саме судије већински противиле са предлогом да се уведе такво овлашћење (и обавеза). Независно од тога, свакако да постоји и низ других аргумената у прилог томе да повериоци сами треба да одлуче у погледу подршке плану и његове економске изводљивости, али то наравно захтева да имају право гласа и да не могу бити прегласани као класа. Увођење института наметања плана у сваком случају би захтевало дужи низ година потпуно неизвесне праксе, док се судије не би извештиле да доносе економске одлуке, попут одлуке у погледу оцене одрживости плана.⁵⁷

8. Недоследна примена правила апсолутног приоритета у пракси

Чл. 168 ЗоС наводи да према сваком плану реорганизације: „[...]повериоци из класе нижег исплатног реда могу примити средства из деобне масе, односно задржати одређена права само ако су сва потраживања поверилаца из вишег исплатног реда у потпуности измирена, или ако су ти повериоци гласали, у складу са планом реорганизације, да се третирају као да су повериоци нижег исплатног реда“. У стечајној пракси Републике Србије, долази до честог одступања од правила апсолутног приоритета, при чему (као што је горе већ поменуто) ни стечајни суд, али ни разлучни, ни стечајни повериоци не инсистирају на доследној примени овог члана. Исправна примена апсолутног приоритета у случају, рецимо, одлагања рокова плаћања путем плана реорганизације, подразумевала би, за потребе калкулације намирења сваке класе, и обрачун нето садашње вредности таквих плаћања, што није пракса стечајних судова у Републици Србији.

57 Очигледно, такве одлуке не треба да буду препуштене судским вештацима. Услед значајних последица по шири круг лица (поверилаца и других учесника) које би оцена о изводљивости плана са собом носила, такву одлуку би морао да донесе сам судија, на основу својих знања, а наравно, и на бази одређених мишљења стручних лица. Ипак, стечајни судија би морао да сам изведе закључак о изводљивости плана.

Недоследна примена правила апсолутног приоритета у пракси омогућава подносиоцима плана да по правилу предвиде смањење каматне стопе и продужење рокова отплате (а ређе и делимичан отпис потраживања класа вишег исплатног реда), при чему класе нижег исплатног реда и даље добијају неко намирене, док власници задржавају своје власничке уделе. Тако нешто у случају доследне примене начела апсолутног приоритета не би било могуће. Број планова који предвиђају конверзију дуга у власничке уделе је веома мали, јер су планови (пре свега УППР) махом санационог типа. У односу на друге стечајне оквире, у Републици Србији веома су ретки случајеви у којима планом није предвиђено бар неко (а често и веома високо у процентима) намирење за стечајне класе нижег реда, упркос томе што се класе вишег реда не намирују у потпуности.⁵⁸ Иако разлучни повериоци имају значајну преговарачку моћ, јер најчешће једини могу да очекују намирење у банкроту, они ипак гласају за планове који предвиђају значајан степен намирења стечајних поверилаца (као и потпуно намирење класа првог и другог исплатног реда).⁵⁹ Последица је да су у стечајној пракси по правилу све класе (осим оних које се у потпуности намирују пре почетка примене плана, што је најчешће случај са првим и другим исплатним редом необезбеђених поверилаца) „оштећене“, јер планови предвиђају неки облик реструктурирања потраживања.

9. Тест најбољег интереса поверилаца

ЗоС не садржи захтев којим би план реорганизације морао да задовољи тест најбољег интереса поверилаца. Другим речима, није потреб-

58 Планови веома често погрешно наводе да је намирење разлучних поверилаца 100% јер не приказују садашњу вредност потраживања односно не врше дисконтовање будућих намирења на садашњу вредност. При томе, треба рећи да је посебно питање које класе се сматрају класама вишег реда, конкретно да ли класу разлучних поверилаца треба сматрати класом вишег реда, јер такви повериоци не спадају у исплатне редове. Такво разматрање прелази до-машај овог рада.

59 Сходно ЗоС, планови садрже и две приоритетне класе поверилаца које одговарају првом и другом исплатном реду. У први исплатни ред спадају неисплаћене нето зараде запослених и бивших запослених, у износу минималних зарада за последњих годину дана пре отварања стечајног поступка и неплаћени доприноси за пензијско и инвалидско осигурање запослених за последње две године пре отварања стечајног поступка, У други исплатни ред спадају потраживања по основу свих јавних прихода доспелих у последња три месеца пре отварања стечајног поступка, осим доприноса за пензијско и инвалидско осигурање запослених. У пракси се ове две класе у потпуности намирују пре почетка примене плана реорганизације, тако да не гласају, односно сматра се да је план реорганизације у тим класама усвојен.

но утврдити да ли појединачни несагласни поверилац у било којој „оштећеној“ класи може очекивати виши степен намирења у случају банкротства. У случају примене овог правила, у српској стечајној пракси би то значило да би сваки несагласни поверилац могао једноставно да блокира план (иако има подршку већине сваке од формираних класа) доказивањем да би за њега конкретно банкрот био повољније решење. У односу на тако рестриктиван тест, који је присутан у САД, ЗоС само захтева да повериоци (у целини) остварују већи ниво намирења у случају реорганизације у односу на банкротство.⁶⁰ У пракси, овај тест је додатно релаксиран, јер судови прихватају да је услов испуњен и у случају да дужник веома површно у плану прикаже да спровођење плана реорганизације остварује већи степен намирења у односу на опцију банкротства.⁶¹ Уобичајено је да план приказује да се реорганизацијом остварује потпуно намирење током периода примене плана, док представљају да би се банкротством остварило 50% од процењене ликвидационе вредности. Разлог зашто планови наводе тај ниво намирења у случају банкротства је то што је реч о почетној цени за имовину стечајног дужника у поступку продаје јавним надметањем у банкротству. Увођење теста најбољег интереса поверилаца, који би био неопходан уколико би се увео институт наметања плана несагласној класи поверилаца, отворио би врата за низ жалби у погледу процена вредности, чиме би стечајни поступак у Републици Србији додатно одужио.

10. Знатно увећање комплексности поступка реорганизације

Увођење института наметања плана несагласној класи учинило би подношење и усвајање плана реорганизације и УППР-а знатно комплекснијим. Неопходне измене и допуне закона захтевале би увођење низа других института које смо претходно разматрали. Имајући у виду постојећа ограничења, пре свега у погледу капацитета судства, упитно је да ли је такву промену оквира могуће спровести на кратак и средњи рок. Поред низа нових института, у пракси би се поставио и низ нових питања

60 ЗоС, чл. 155. ст. 1.

61 Планови се приликом процене банкротства често позивају на извештај *Doing Business* Светске банке, који приказује степен намирења поверилаца у стечају у Србији, који за дати поступак није релевантан из више разлога који се тичу методологије тог извештаја, али и суштински, јер се степен намирења и процена за случај банкрота морају увек анализирати за сваки конкретан случај (укључујући и квалитет имовине дужника, њену утрживост, итд).

(на пример, коју каматну, односно дисконтну стопу применити у случају обрачуна нето садашњег намирења за несагласну класу поверилаца).

11. Реалност планова реорганизације

У уводном делу навели смо да би кључни аргумент у прилог увођења института наметања плана несагласним класама била већа реалност и изводљивост планова. У Републици Србији већина планова који се подносе су унапред припремљени планови, у којима је циљ власника да задржи контролу над дужником. Да би се потврдио такав план, потребна је апсолутна већина према висини потраживања у свакој класи. Да би осигурао подршку плану, дужник по правилу нуди скоро потпуно намирење. Да ли ће план бити усвојен зависи искључиво од поверилаца, а посебно од разлучних поверилаца. Разлучни повериоци (најчешће пословне банке) дају подршку плану из различитих интереса, а не само на основу реалне процене изводљивости плана. Другим речима, планови реорганизације у Републици Србији иако нису изводљиви, пре свега зато што класа разлучних поверилаца у највећем броју случајева пружа подршку неизводљивим плановима из својих конкретних интереса, а не због *hold-out* проблема и захтева који намећу класе поверилаца нижег реда.⁶²

IV Закључак

У стечајној пракси Републике Србије *потреба за наметањем планова реорганизације, осим у ретким случајевима, није толико присутна*. Насупрот томе, усвајања планова дужника чије пословање није одрживо (проблем негативне селекције) представља знатно већи проблем у пракси, те је у том контексту подношење планова у Србији прекомерно. Увођење института наметања плана несагласној класи поверилаца не би суштински променило однос разлучних поверилаца према поднетим плановима, док би с друге стране довело до значајних проблема у поступку подношења и усвајања планова реорганизација. Такође, институт би захтевао суштинску промену концепта реорганизације, уз дугорочно негативан ефекат на правну сигурност. Коначно, увођење института би омогућило низ злоупотреба на штету поверилаца, пре свега разлучних поверилаца, што би имало негативне последице на кредитну активност и приступ финансирању.

62 В. Бранко Радуловић, „Унапред припремљени планови реорганизације и проблем негативне селекције“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, Београд, 2015, 151-168.

Branko Radulović, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

Luka Andrić

Law office „Andrić“

CRAM-DOWN ON DISSENTING CLASSES OF CREDITORS

Summary

This paper discusses possible introduction of the cram-down provisions in the Serbian Law on Bankruptcy and argues that in the current circumstances and taking into account current bankruptcy practice in Serbia, these provisions are inappropriate and could adversely affect the efficiency of the bankruptcy proceedings. In the first part of the paper, we review cram-down in comparative law. The second part looks at a range of factors that make the proposed institute considerably less necessary, including low threshold required for the adoption of the plan, the existing provisions that impose a plan on a class of related persons (and owners), formation of only one class of secured creditors, as well as factors that limit potential application of cram down in bankruptcy practice.

Key words: *cram down, dissenting classes of creditors, secured creditors.*

Мирко КУЛИЋ

редовни професор на Факултету за привреду и правосуђе

ПОСТОЈАЊЕ ИМОВИНСКЕ ШТЕТЕ И ПРОТИВПРАВНЕ ИМОВИНСКЕ КОРИСТИ КАО ЕЛЕМЕНАТ БИЋА КРИВИЧНОГ ДЕЛА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПОЛОЖАЈА ОДГОВОРНОГ ЛИЦА У СЛУЧАЈУ УСВАЈАЊА УНАПРЕД ПРИПРЕМЉЕНОГ ПЛАНА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ

Резиме

У раду се обрађује могућност настанка противправне имовинске користи или имовинске штете усвајањем Унапред припремљеног плана реорганизације привредног друштва као елемента бића кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица. Аутор указују да усвајање Унапред припремљеног плана реорганизације привредног друштва у складу са Законом о стечају, који је потврђен решењем суда, искључује могућност постојања противправне имовинске користи или имовинске штете, што самим тим искључује и могућност постојања кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица у вези са усвајањем тог плана. Постојање противправне имовинске користи или имовинске штете се искључује чак и у случају када је ранијом радњом одговорног лица настала обавеза привредног друштва према повериоцима, уколико на основу тако створене обавеза није наступила штетна последица до предаје Унапред припремљеног плана реорганизације привредног друштва, пошто Унапре припремљени план реорганизације доводи до немогућности наступања штетне последице такве раније радње, односно онемогућава наступање противправне имовинске користи или имовинске штете у кривичноправном смислу.

Кључне речи: *унапред припремљени план реорганизације, противправна имовинска корист, имовинска штета, злоупотреба, одговорно лице.*

I Увод

Реорганизација привредног друштва у складу са унапред припремљеним планом реорганизације је нови, *sui generis* правни институт, који егзистира у правном систему Србије. Унапред припремљени план реорганизације (УППР) утиче на укупан правни положај привредног субјекта, који се налази под његовим режимом. Правне последице усвајања УППР-а протежу се на скоро све гране права, како у оквиру приватног права (грађанско право, привредно право, радно право...), тако и у оквиру јавног права (кривично право, управно право, пореско право).

У нашој литератури било је аутора који су се бавили питањем утицаја реорганизације привредног друштва у складу са УППР-ом, на дужничко-поверилачке односе, радноправне односе, на поступке у оквиру грађанског и управног права, али ово питање није третирано са кривичноправног аспекта. Како УППР представља специфичан правни институт, чија је садржина редефинисање дужничко поверилачких односа кроз репрограм и наставак пословања привредног субјекта, поставља се питање његовог утицаја на утврђивање постојања појединих кривичних дела, посебно оних против привреде, која, као обележје бића кривичног дела, предвиђају наступање последица у виду противправне имовинске користи и имовинске штете.

Свако лице дужно је да се понаша у складу са прописима. Постоји читав низ прописа који дефинишу права и дужности одговорних лица која заузимају одређене положаје у правним лицима. Поступање супротно овим прописима, представља злоупотребу у ширем смислу те речи. Појам злоупотребе у општем смислу представља основу за појам злоупотребе у кривичноправном смислу, али се ова два појма не поклапају. Свака злоупотреба не носи велику друштвену опасност да би морала бити третирана као кривично дело. Поједина противправна понашања одговорних лица могу представљати дисциплинске преступе, прекршаје или привредне преступе.

Прописима је уређена и улога одговорних лица у поступку реорганизације привредних друштава. Имајући у виду да коришћење УППР-а, као начина редефинисања дужничко-поверилачких и других односа, има широку примену у нашем правном систему, то заслужује да се разматра са кривичноправног аспекта, што ћемо у овом раду учинити, и то са аспекта кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица.

II Правна природа унапред припремљеног плана реорганизације

У литератури постоје три теорије о правној природи унапред припремљеног плана реорганизације, и то: 1) уговорна теорија; 2) теорија судске одлуке, и 3) мешовита теорија (теорија о двострукој правној природи плана реорганизације).

Према уговорној теорији, Унапред припремљени план реорганизације је вишестрани уговор између дужника и поверилаца.¹ Унапред припремљени план реорганизације је, пре свега, уговор и израз аутономије воља дужника и његових поверилаца.

Према теорији судске одлуке, Унапред припремљени план реорганизације је врста појединачног акта судске власти и изједначава се са пресудом. По овој теорији, Унапред припремљени план реорганизације не настаје кроз сагласност воља поверилаца и дужника, већ је то акт који обликује и усваја суд.² Потврђивање плана од стране суда је један од кључних момената у реорганизацији, јер од тог момента план производи правно дејство. По овој теорији, обавезност поступања по Унапред припремљеном плану реорганизације објашњава се тиме што су несагласни повериоци приморани судском одлуком да поштују одредбе плана реорганизације. Решење о усвајању Унапред припремљеног плана реорганизације има преображајно дејство, које се огледа у томе што решење производи промену у правном односу странака, јер се усвајањем плана сви односи поверилаца и дужника уређују искључиво у складу са Унапред припремљеним планом реорганизације. Решења о усвајању плана, као судска одлука, има и извршно дејство, имајући у виду да Унапред припремљени план реорганизације има својство извршне исправе.

Према мешовитој теорији, коју у основи прихвата законодавац у Србији, УППР се дефинише и као уговор и као судска одлука. Наиме, законодавац у Србији је уредио да се, по доношењу решења о потврђивању усвајања Унапред припремљеног плана реорганизације, сва потраживања и права поверилаца и других лица и обавезе стечајног дужника одређене планом реорганизације уређују искључиво према условима из УППР-а. Усвојени УППР је извршна исправа и сматра се новим уговором за измирење потраживања која су у њему наведена. Доношењем решења о

1 P. M. Bauer, *Der Insolvenzplan – Untersuchungen zur Rechtsnatur anhand der geschichtlichen Entwicklung*, Augsburg, 2009, 22.

2 P. M. Bauer, 23.

потврђивању усвајања УППР-а престају све последице отварања стечајног поступка, а у називу стечајног дужника брише се ознака „у стечају“.³

Професор Слободан Перовић правну природу УППР-а оцењује на следећи начин: „Усвојени план реорганизације, представља споразум са правном снагом извршне исправе између стечајног дужника и квалификоване већине стечајних поверилаца којим се модификују и коначно уређују права свих поверилаца према стечајном дужнику. Оваква дефиниција плана реорганизације упућује на закључак да он представља израз сагласности воља појединих квалификованих стечајних поверилаца и стечајног дужника чија се правна дејства принудно протежу и на повериоце који су гласали против његовог усвајања, или се о његовом прихватању нису ни изјашњавали, а у складу са одредбама закона којим се уређује гласање и усвајање. Потврђени план реорганизације од стране стечајног судије има снагу извршне исправе и сматра се новим уговором за измирење потраживања која су у њему наведена. То, најпре, има за последицу материјално-правно дејство да се сва потраживања и права свих поверилаца, као и других лица, према стечајном дужнику, могу извршити на начин и под условима прописаним планом реорганизације. Практично, то значи да се и право поверилаца који су гласали против плана, или се о њему нису изјашњавали, могу остварити искључиво у складу са усвојеним планом реорганизације.“⁴ Професор Перовић даље сматра да усвојени Унапред припремљени план реорганизације има сва обележја новације (пренова), предвиђене Законом о облигационим односима, јер се у овом поступку постојећа пуноважна обавеза замењује новом пуноважном обавезом, у погледу и предмета и правног основа, а све на основу пуноважно усвојеног плана реорганизације.⁵

На основу напред изнетих навода може се закључити да УППР, у нашем законодавству, има извесне сличности и са судском одлуком и са уговором, али је свакако потпуно јединствен, *sui generis*, институт.

III Заштитна улога унапред припремљеног плана реорганизације

Отежани услови привређивања наметнули су потребу да се у Закону о стечају предвиди могућност да привредна друштва, која имају по-

3 Члан 167 ст. 1, 2 и 4 Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, 99/11 – др. закон, 71/12 – одлука УС и 83/14, чл. 167, ст. 1, 2. и 4.

4 Слободан Перовић, „Увод коментара Закона о стечају“, *Привредни саветник*, Београд, 2016, 11.

5 С. Перовић, 11.

тешкоће у пословању, у преговорима са својим повериоцима о свим битним питањима, благовремено предузму све неопходне мере за консолидацију, како би се побољшало стање у привредном друштву и спречиле последице наступања стечајног поступка.

Реорганизацијом се избегава престанак привредног субјекта путем банкротства, а уводе се могућности за бољу употребу привредних ресурса, а тиме и за раст економије. Полази се од става да привредни субјекат као целина, са целокупним својим пословањем, односима са пословним партнерима и запосленима, вреди више у поређењу са вредношћу која би се постигла појединачном продајом имовине тог субјекта. Поред тога, на страни реорганизације су и социјални разлози – одржавање пословања привредних субјеката и задржавања радних места.

Циљ реорганизације је и да се намире повериоци према усвојеном Унапред припремљеном плану реорганизације, и то редефинисањем дужничко-поверилачких односа, статусним променама дужника или на други начин предвиђен УППР-ом, који води трајном економском опоравку привредног друштва.

Привредним субјектима је дата могућност да слободно регулишу и редефинишу своје дужничко-поверилачке односе, како ради одрживости правног субјективитета и наставка пословања, тако и ради заштите интереса њихових поверилаца. Начин намирења поверилаца, предвиђен УППР-ом, обезбеђује најповољније колективно и сразмерно намирење поверилаца, што је у складу са циљем реорганизације и начелом заштите поверилаца. УППР-ом се предвиђају санационо-ликвидационе мере, којима се омогућава повериоцима да своје потраживање намире, како кроз наставак пословања дужника, уз модификовање дужничко-поверилачких односа, тако и уновчење имовине дужника.

Повериоци учествују у одређивању мера за реализацију УППР-а, одлучују о његовом усвајању, прате реализацију плана преко својих представника и учествују у решавању других питања, у складу са својим надлежностима из УППР-а. На овај начин, повериоцима се пружа могућност да заштите своје интересе.

Унапред припремљеним планом реорганизације обезбеђује се да привредни субјект настави пословање и да стиче приходе, чиме се ствара могућност да измирује пореске обавезе. На овај начин штите се и интереси државе.

IV Елементи кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица

1. Појам кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица

Кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица сврстано је у групу кривичних дела против привреде, и то у оквиру подгрупе општих кривичних дела против привреде, јер може да се изврши у свакој грани привреде. Уређено је одредбом члана 234. Кривичног законика.⁶ Овај члан гласи:

„1) Одговорно лице које искоришћавањем свог положаја или овлашћења, прекорачењем граница свог овлашћења или невршењем своје дужности прибави себи или другом физичком или правном лицу противправну имовинску корист или другом нанесе имовинску штету, казниће се затвором од три месеца до три године.

2) Ако је извршењем дела из става 1 овог члана прибављена имовинска корист у износу преко четиристопедесет хиљада динара, учинилац ће се казнити затвором од шест месеци до пет година.

3) Ако вредност прибављене имовинске користи прелази износ од милион и петсто хиљада динара, учинилац ће се казнити затвором од две до десет година“.

Проблем злоупотребе положаја одговорних лица од нарочитог је значаја за земље у транзицији, па самим тим и за Србију, чиме се потврђује нужност и оправданост његовог проучавања. Да би се друштво борило против ове појаве, она се мора свестрано проучити. Морају се открити њени узроци, упознати њени појавни облици и пронаћи ефикасна превентивна и репресивна средства за њено сузбијање.

2. Радња извршења

а) Општи осврт

1. Радња извршења кривичног дела злоупотребе овлашћења у привреди састоји се у искоришћавању свог положаја или овлашћења, прекорачењу граница свог овлашћења или невршењу своје дужности. Само овим радњама може се извршити ово дело и помоћу њих оно се разликује од осталих кривичних дела. С обзиром да ово дело има више алтернативно одређених радњи, за извршење дела довољно је да се оствари било која од наведених радњи извршења.

6 Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05 - испр. 107/05 – испр. 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14.

Полазећи од радње извршења, кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица спада у групу нечистих (мешовитих) кривичних дела чињењем, односно у групу кривичних дела чињењем и нечињењем, пошто може да се изврши како чињењем тако и нечињењем. У чињење спадају искоришћавање свог положаја или овлашћења и прекорачење граница свог овлашћења, док у нечињење спада невршење службене дужности.

Код радњи извршења овог кривичног дела, интересантно је да их је законодавац термилошки одвојио од последице и означио их је посебним изразима. Чешћа је пракса да се радња и последица обухватају истим изразима. Зато се може рећи да радња извршења овог дела спада у тзв. делатносне радње, за разлику од тзв. последичних радњи, које постоје код кривичних дела код којих су радње извршења и последице термилошки помешане.

2. У теорији кривичног права, извршена је подела злоупотреба на злоупотребе у субјективном смислу и злоупотребе у објективном смислу.⁷ Посматрана са аспекта овог кривичног дела, злоупотреба у субјективном смислу постоји када одговорно лице предузима један акт али не у интересу правног лица у чије име акт предузима, већ у неком другом циљу, али сам акт по форми није противан прописима. Код ове врсте злоупотребе само је мотив из кога се радња предузима супротан интересима правног лица, јер се она врши, или у личном интересу, или у интересу неког другог лица, или на штету другог лица. Најчешћи мотиви су користољубље, пријатељство, непријатељство и сл. Злоупотреба у објективном смислу постоји када је радња одговорног лица и по форми и по садржини противна прописима који одређују надлежност и делокруг рада одговорног лица. Одговорно лице у овом случају прекорачује овлашћење из своје надлежности, или не води рачуна о поступку у коме треба да изврши радње из своје надлежности. У кривичном праву Србије ова подела нема значај, пошто је за постојање кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица потребан и субјективни и објективни елемент. Ова подела има значај у оним земљама чија законодавства не наводе поименично све случајеве злоупотребе. У тим законодавствима даје се само општи појам злоупотребе, који се касније у теорији разрађује.

7 Ј. Таховић, *Кривично право, посебни део*, Београд, 1961, 460-461.

Најважнија карактеристика радње извршења овог кривичног дела је незаконита употреба положаја или овлашћења од стране лица које има статус одговорног лица. Под злоупотребом, у смислу овог дела, подразумева се противзаконито вршење права и дужности које произилазе из положаја или овлашћења одговорног лица. Акт злоупотребе је дело учињено злоупотребом положаја или овлашћења, па се тако појављује као противправно и противзаконито.

Положај обухвата одређене функционалне моменте и звања чиме се означава скуп послова у оквиру неке струке, за чије се обављање тражи одређена стручна спрема. Код положаја су важни рангово-хијерархијски и организациони моменте. Под овлашћењем се подразумева скуп права која има неко одговорно лице, која проистичу из вршења његовог звања, односно обављања послова које садржи његово звање. Ово би била функционална овлашћења, од којих треба разликовати статусна или лична овлашћења под којима се подразумевају овлашћења која одговорном лицу проистичу из његовог статуса.

Учинилац овог кривичног дела користи се својим положајем односно овлашћењем на противправан начин, у првом реду на начин који је супротан прописима и супротан интересима које би по закону и другим прописима требало да штити.

3. Узимајући радњу извршења за полазиште, кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица може се појавити у три облика, и то као: 1) искоришћавање свог положаја или овлашћења; 2) прекорачење граница свог овлашћења, и 3) невршење своје дужности.

б) Искоришћавање свог положаја или овлашћења

1. Законодавац је ову радњу означио доста широко и неодређено. Искоришћавање свог положаја или овлашћења подразумева сваку употребу положаја или овлашћења од стране одговорног лица, којом оно прибави себи или другом физичком или правном лицу противправну имовинску корист или другом нанесе имовинску штету. Ова радња може да се изврши на различите начине, с обзиром на разне категорије одговорних лица и с обзиром на различите делатности појединих одговорних лица. Одговорно лице најпре може да искористи свој положај или овлашћење предузимањем радњи које спадају у круг овлашћења и дужности тога лица. То су радње којима ово лице остварује делатност која му је поверена. Међутим, искоришћавање положаја или овлашћења може се из-

вршити и радњама које не спадају у вршење дужности одговорног лица, односно радњама које не улазе у круг права и обавеза тог лица.

2. Искоришћавање положаја или овлашћења предузимањем радњи које спадају у круг овлашћења и делатности одговорног лица најчешће се врши повредом неког прописа. Ове повреде прописа могу бити: 1) повреде формалног прописа; 2) повреде материјалног прописа, и 3) повреде сврхе или циља прописа.

1) Повреда формалног прописа постоји када одговорно лице делимично или потпуно не поштује формалности које су прописане за предузимање неке радње. Кроз форму се изражава суштина и зато је она од велике важности за правилан и законит ред одговорних лица. Помоћу форме подвргава се контроли рад одговорног лица.

2) Повреда материјалног прописа постоји када на конкретан случај одговорно лице не примени одговарајући пропис или примени пропис који се на тај случај не може применити.

Постоје разне могућности да одговорно лице искористи положај или овлашћење повредом формалног и материјалног прописа, али је неопходно да тим повредама прибави себи или другом физичком или правном лицу противправну имовинску корист или да другом нанесе имовинску штету. Уколико су испуњени приказани услови, постојаће овај облик кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица.

3) Повреда сврхе или циља прописа постоји када одговорно лице предузме радњу у другом циљу или због друге сврхе, а не у циљу или због сврхе која проистиче из прописа. Одговорном лицу дата су одређена права и обавезе ради остваривања његових задатака и оно та права и обавезе не може користити у друге сврхе. Повреда сврхе или циља прописа настаје када одговорно лице поступа са неким недопуштеним мотивом. Тај недопуштени мотив радњу одговорног лица чини незаконитом. Када тога мотива не би било, радња одговорног лица била би правно ваљана. Ако оваквим повредама прописа одговорно лице прибави себи или другом физичком или правном лицу противправну имовинску корист или другом нанесе имовинску штету – постојаће искоришћавање свог положаја или овлашћења, па самим тим и кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица.

Повреду циља или сврхе прописа није увек лако открити. Док се повреде формалног и материјалног прописа могу релативно лакше открити на основу самог текста прописа, дотле се за откривање повреде ци-

ља или сврхе прописа мора познавати дух и смисао целог прописа па и других повезаних прописа. Често је неопходно поћи од основних начела целокупног правног поретка.

3. Искоришћавање свог положаја или овлашћења, осим радњама које представљају спровођење овлашћења или извршавање дужности одговорног лица, може се извршити и радњама које не спадају у круг права и обавеза одговорног лица и којима се не врши ни једна од три наведене повреде прописа. Код овог начина искоришћавања положаја или овлашћења, битно је да одговорно лице те радње може да предузме само користећи свој положај или овлашћење. Да одговорно лице није имало одређени положај или одређено овлашћење, не би ни могло да учини те радње, па се тако те радње и појављују као искоришћавање положаја или овлашћења.

Постоје разне могућности да се на више начина и са различитим радњама врши искоришћавање свог положаја или овлашћења, али сваки положај и свако овлашћење пружају ограничене могућности и начине за искоришћавање, па је за сваки конкретан случај неопходно оценити да ли је одговорно лице, обзиром на свој положај или овлашћење, неком радњом уопште могло да искористи тај положај или овлашћење. Нека радња се може сматрати искоришћавањем ако се може извршити једино помоћу одређеног положаја или овлашћења.

4. Иако се искоришћавање положаја наводи упоредо са искоришћавањем овлашћења, између ова два облика искоришћавања постоји разлика. Искоришћавање положаја представља коришћење одређених могућности, а коју могућност одговорном лицу пружа рангово - хијерархијски положај. Искоришћавање овлашћења представља искоришћавање права и овлашћења од стране одговорног лица, а која права и овлашћења проистичу из послова које садржи његово звање. Искоришћавање овлашћења врши се радњама које улазе у круг обавеза одговорног лица, док се искоришћавање положаја најчешће врши радњама које не спадају у права и обавезе одговорног лица.

в) Прекорачење граница свог овлашћења

За правилно спровођење закона и других прописа битна претпоставка је прецизирање сфере делатности одговорних лица. За предузимање сваке радње, одговорна лица морају бити овлашћена. Тако се успоставља тесна веза између овлашћења и делатности одговорних лица. Одговорно лице не може да врши послове по свом нахођењу, нити послове

који спадају у надлежност других одговорних лица, већ само послове који припадају његовом домену. Право и дужност одговорног лица да обавља послове који су му поверени назива се овлашћењем. Уколико одговорно лице предузме радњу која не спада у његову, већ у туђу надлежност, онда настаје прекорачење граница овлашћења као облик кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица. Овако предузета радња представља незаконит акт и ствара се основ за кривичну одговорност.

Прекорачење граница свог овлашћења значи предузимање таквих радњи за које одговорно лице није овлашћено, а то би били случајеви када учинилац присвоји овлашћење које превазилази његову надлежност.

г) Невршење своје дужности

Овај облик злоупотребе положаја одговорног лица постоји када одговорно лице не изврши своју дужност и тиме прибави себи или другом физичком или правном лицу противправну имовинску корист или другом нанесе имовинску штету. Невршење своје дужности значи не предузимање радњи које су у интересу остварења задатака одговорног лица. Другим речима, одговорно лице не предузима радњу коју је, у границама свог овлашћења и своје дужности, било дужно да учини.

Да би постојао овај облик кривичног дела, потребно је да одговорно лице није извршило радњу за коју је надлежно и коју је било дужно да предузме. Ова обавеза одговорног лица треба да произађе из његовог положаја који има у правном лицу. Да ли је неко одговорно лице било дужно да изврши неку обавезу треба утврдити на основу прописа који одређују његове дужности с обзиром на положај који има у конкретном правном лицу.

Могућа су два начина неизвршења дужности одговорног лица. Један начин је када се уопште не изврши радња. Ово је тзв. формално и материјално невршење дужности. Други облик постоји ако одговорно лице изврши своју дужност, али на такав начин, у времену и на месту да се тиме не постижу потребни резултати. У овом случају, ради се о формалном извршењу, али материјалном невршењу своје дужности.⁸

Формално вршење, а садржајно невршење дужности, у знатној мери се поклапа са несавесним поступањем које се појављује у опису као елемент неких кривичних дела (на пример, кривичног дела несавесног

8 Ј. Таховић, 462.

рада у служби – члан 361. Кривичног законика). Несавесно поступање представља вршење своје дужности на такав начин или таквим средствима који не доводе до остварења задатка службе. То је вршење своје дужности или обавезе на нецелисходан начин, односно на начин који не доводи до очекиваних резултата. Код кривичног дела злоупотребе положаја овлашћеног лица може се радити о несавесном поступању у чисто објективном смислу, али оно са субјективне стране мора представљати средство за фактичко неизвршење дужности. Према том субјективном односу учиниоца према несавесном поступању, може се одредити разлика између овог дела и других дела код којих се несавесно поступање појављује као елеменат бића. Код ових других кривичних дела, несавесно поступање садржајно представља вршење службе, док код кривичног дела злоупотребе положаја овлашћеног лица несавесно поступање садржајно значи потпуно невршење своје дужности. Радња овде само по формалним обележјима има карактер вршења овлашћења, а у ствари она уопште и није вршење дужности. Ова радња је у суштини невршење своје дужности и као таква представља радњу нечињења.⁹

Неопходан услов за постојање овог дела је да између невршења дужности и последице дела постоји узрочно-последична веза. Сматраће се да је невршење дужности узрок последице ако иста не би наступила, да је од стране одговорног лица била предузета радња на коју је било обавезно.

3. Последица

Последица као промена или произведено стање у спољном свету настаје на објекту кривичног дела. Пошто кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица има различите објекте, онда и последица овог дела може да буде различита. Најпре се последицом овог дела може сматрати штета која је нанета његовом заштитном објекту. Штета се овде манифестује као поремећај у правилном коришћењу положаја због искоришћавања свог положаја или овлашћења, прекорачења граница свог овлашћења, или невршења своје дужности.

Друго, последицу овог дела чини и она штета која се наноси његовом објекту радње, тј. штета нанета правном лицу.

Треће, последицом се сматра и прибављање себи или другом физичком или правном лицу противправне имовинске користи или наносење другом имовинске штете, што је законодавац унето у законски

9 Драгољуб Атанацковић, *Кривично право, посебни део*, Београд, 1985, 576.

опис овог дела као његов елеменат бића. Законодавац је код овог дела последицу термилошки одвојио од радње извршења, да би се оно разликовало од других сличних дела. Пошто је законодавац у овом случају последицу унео као елеменат бића кривичног дела, то се у кривичном поступку њено постојање мора утврђивати.

Под појмом имовинске користи законодавац подразумева добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво и исправу у било ком облику којим се доказује право или интерес у односу на такво добро. Имовином се сматра и приход или друга корист остварена, непосредно или посредно, из кривичног дела, као и добро у које је она претворена или са којим је помешана.¹⁰

Под имовинском штетом подразумева се умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист).¹¹

Ово кривично дело сматра се свршеним када је услед предузете радње извршења наступила забрањена последица.

а) Квалификовани облици

Предвиђена су два квалификована (тежа) облика кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица.

Тежи облик дела из става 2. настаје ако је извршењем дела из става 1. прибављена имовинска корист у износу преко четиристопедесет хиљада динара.

Други тежи облик дела из става 3. настаје ако вредност прибављене имовинске користи прелази износ од милион и петсто хиљада динара.

б) Извршилац

Извршилац овог кривичног дела може бити само лице са одређеним својством, односно то лице мора имати својство одговорног лица, што представља битно обележје дела.

Одговорним лицем у правном лицу сматра се лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, као и лице коме је

10 Кривични законик, чл. 112, ст. 36.

11 Члан 155 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03 - Уставна повеља.

фактички поверено обављање тих послова. Одговорним лицем сматра се и службено лице кад су у питању кривична дела код којих је као извршилац означено одговорно лице, а у Кривичном законнику нису предвиђена у глави о кривичним делима против службене дужности, односно као кривична дела службеног лица.¹²

Када је неко одговорно лице стекло то својство, може да има практичан значај, као што такав значај може имати и чињеница када је неком лицу престало то својство.

Код овог кривичног дела могући су сви облици саучесништва. Дело се често и врши од стране више лица.

в) Кривица

Кривично дело злоупотребе положаја овлашћеног лица може се извршити само са умишљајем. Умишљај треба да садржи свест учиниоца о свим стварним околностима кривичног дела, као и вољу учиниоца да изврши то дело. Најпре је потребна свест о околностима којима се конкретизује радња извршења кривичног дела, затим свест о последици и свест о узрочној вези између радње и последице. Такође је потребна и свест о личном својству извршиоца.

Свест о радњи извршења кривичног дела обухвата свест о томе да се искоришћава свој положај или овлашћење, прекорачују границе свог овлашћења, или не извршава службена дужност. Свест обухвата и предмет на коме се врши радња.

Свест о последици треба да обухвата свест одговорног лица о томе да оно својом радњом себи или другом физичком или правном лицу прибавља противправну имовинску корист, или да другом наноси имовинску штету. Представа о последици и мотивише одговорно лице да предузме радњу извршења.

Свест о узрочној вези између радње и последице треба да обухвата свест учиниоца да ће се његовом радњом проузроковати последица, тј. да ће овом радњом себи или другом физичком или правном лицу прибавити противправну имовинску корист, или другом нанети имовинску штету.

Свест о личном својству учиниоца треба да обухвата свест учиниоца да је он одговорно лице и да у том својству предузима радњу извршења.

12 Кривични законик, чл. 112, ст. 5.

Уколико не би постојали наведени елементи свести и воље, дело не би било умишљајно, што значи да не би постојало ни кривично дело.

г) Казне

За кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица прописане су високе казне. За основни облик кривичног дела из става 1. прописана је казна затвора од три месеца до три године.

За тежи облик дела из става 2. прописана је казна затвора од шест месеци до пет година.

За други тежи облик дела из става 3. прописана је казна затвора од две до десет година.

IV Могућност настанка противправне имовинске користи или имовинске штете при усвајању плана реорганизације привредног друштва као елемента бића кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица

Последице усвајања УППР-а имају дејство и на кривично право, посебно у случајевима када норма којом се дефинишу обележја бића кривичног дела упућује на појмове из грађанског, пре свега облигационог права, као што је то случај са одредбом члана 234. Кривичног законика, којом је инкриминисано кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица. Ова одредба има бланкетни карактер, јер упућује на прописе којима се уређује привредно пословање, као и на одредбу Закона о облигационим односима, којом се уређује имовинска штета, пошто се последица овог дела састоји у прибављању себи или другом физичком или правном лицу противправне имовинске користи, или у nanoшењу другом имовинске штете.

У вези са могућношћу настанка противправне имовинске користи или имовинске штете при усвајању плана реорганизације привредног друштва, могуће су две ситуације. Прво, могуће је да приликом усвајања плана реорганизације дође до оштећења једног или више поверилаца због тога што није поштована процедура усвајања плана или због неких других незаконитих радњи, које је одговорно лице умишљајно предузело. У таквом случају може доћи до умањења потраживања неког повериоца, односно до настанка противправне имовинске користи за привредно друштво које је обухваћено планом реорганизације. Тада се може поста-

вити питање одговорности одговорног лица за кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица.

Међутим, уколико су у потпуности испоштоване одредбе Закона о стечају којима се уређује поступак усвајања плана реорганизације привредног друштва, тада настаје сасвим друга ситуација. У том случају се не може говорити о противправној имовинској користи или имовинској штети као елементу бића кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица. Наиме, у члану 155. Закона о облигационим односима материјална штета је дефинисана као *умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист)*. У случају када се у УППР-у предвиђа 100% намирење потраживања поверилаца уз камату, не може се говорити о наступању материјалне користи или штете. У оваквом случају нема ни кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица, пошто нема битног елемента који чини биће тог дела.

Не може се говорити о постојању противправне имовинске користи, нити имовинске штете ако је предлагач УППР-а – дужник, своје обавезе усагласио са повериоцима, евидентирао их у УППР-у и предвидео целокупно измирење обавезе у новим роковима, уз одговарајућу камату, а повериоци немају умањење имовине, односно није вршен делимичан или потпун отпис потраживања у књиговодственој евиденцији поверилаца.

Очигледно је да се у наведеним случајевима усвајања плана реорганизације, који има снагу судске одлуке, и којим се редефинишу дужничко-поверилачки односи, искључује постојање штете у смислу Закона о облигационим односима, а последично и постојање противправне имовинске користи и имовинске штете, у смислу кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица. При заузимању оваквог става полази се и од чињенице да спровођењем закона, у овом случају Закона о стечају, не може настати противправна имовинска корист нити имовинска штета. Заузимање става да применом закона настаје противправна имовинска корист или имовинска штета, било би супротно основним принципима права. Овоме треба додати и чињеницу да суд решењем потврђује усвајање плана реорганизације, те би било неисправно закључити да судском одлуком настаје противправна имовинска корист, односно имовинска штета.

Овде се може поставити и питање могућности настанка противправне имовинске користи или имовинске штете у случају када је радњом одговорног лица, која је предузета пре предаје плана реорганизаци-

је, настала обавеза привредног друштва према повериоцима. Постојање противправне имовинске користи или имовинске штете се искључује чак и у том случају, уколико на основу тако створене обавеза није наступила штетна последица до предаје плана реорганизације привредног друштва, пошто план реорганизације доводи до немогућности наступања штетне последице такве раније радње, односно онемогућава наступање противправне имовинске користи или имовинске штете у кривичноправном смислу.

V Закључак

Усвајање Унапред припремљеног плана реорганизације, у одређеним ситуацијама, може имати за последицу настанак кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица.

Кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица дефинисано је као искоришћавање положаја или овлашћења, прекорачење граница овлашћења, или невршење дужности од стране одговорног лица, чиме одговорно лице прибавља себи или другом физичком или правном лицу противправну имовинску корист или другом наноси имовинску штету. Да би нека радња одговорног лица била противзаконито вршење права и дужности, та права и дужности треба да проистичу из његовог положаја или овлашћења.

Усвајањем унапред припремљеног плана реорганизације може настати противправна имовинска корист или имовинска штета, као елементар бића кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица, само под условом ако је одговорно лице привредног друштва које је обухваћено планом, приликом усвајања плана умишљајно прекршило одредбе Закона о стечају. Међутим, уколико је одговорно лице у привредном друштву приликом усвајања Унапред припремљеног плана реорганизације тог привредног друштва, чије је усвајање потврдио суд решењем, у потпуности поступало по одредбама Закона о стечају, у том случају се не може говорити о противправној имовинској користи или имовинској штети као елементу бића кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица, што значи да у том случају нема ни елемената овог кривичног дела.

Постојање противправне имовинске користи или имовинске штете се искључује и у случају када је ранијом радњом одговорног лица настала обавеза привредног друштва према повериоцима, уколико на основу тако створене обавеза није наступила штетна последица до предаје Унапред припремљеног плана реорганизације привредног друштва, пошто план ре-

организације доводи до немогућности наступања штетне последице такве раније радње, односно онемогућава наступање противправне имовинске користи или имовинске штете у кривичноправном смислу.

Mirko KULIĆ, PhD

Professor at the Faculty for Economy and Justice, Novi Sad

**THE EXISTANCE OF MATERIAL DAMAGE IN CASE
OF ILLEGALLY ADOPTED THE PRE-PACKAGED
REORGANIZATION PLAN AS A CONSEQUENCE
OF ABUSE OF RESPONSIBLE PERSON IN A COMPANY**

Summary

The paper deals with possibility of occurrence of illegally obtained material gain or material damage by adoption of pre-packaged reorganization plan of business company as an element of substance of criminal offence of abuse of position by responsible person. The author points out that adoption of pre-packaged reorganization plan of business company made in accordance with the Bankruptcy Law, confirmed by the court decision, excludes possibility of occurrence of illegally obtained material gain or material damage what accordingly excludes possibility of occurrence of criminal offence of abuse of position by responsible person in relation to adoption of such plan. Occurance of illegally obtained material gain or material damage is excluded even in case when earlier action of responsible person brought to obligation of the business company towards creditors, provided such obligation did not matured until adoption of pre-packaged reorganization plan of business company, since adoption of such plan leads to the inability of occurrence of harmful consequences of this early action i.e. prevents occurrence of illegal material gain or material damage in criminal law context

Key words: *pre-packaged reorganization plan, illegal material gain, material damage, abuse, responsible person.*

др **Иван ТОДОРОВИЋ**
адвокат у Београду

ИЗВОДЉИВОСТ ПЛАНА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ

Резиме

Изводљивост је битан услов за потврду плана од стране суда и за спровођење реорганизације. Детаљнија анализа могућности да план заиста и буде реализован изостаје у пракси, јер се план по „аутоматизму“ усваја, ако је ревизор дао изјаву да је план изводљив и ако план буде изгласан у свакој класи поверилаца. План реорганизације задире у права мањинских поверилаца, а таква ограничења су могућа само када план реорганизације испуњава све законске услове да буде усвојен, а најважнији услов је да план има шансе за успех. Изводљивост плана је запостављена тема у домаћој литератури. У чланку су представљени случајеви из америчке праксе и дато је неколико закључака који могу послужити при оцени да ли је предложени план изводљив.

Кључне речи: реорганизација, унапред припремљени план реорганизације, изводљивост плана реорганизације, изјава ревизора о изводљивости плана, мишљење ревизора са резервом.

І Увод

Закон о стечају¹ у одредби члана 156 став 5 тачка 6 прописује као обавезан елемент унапред припремљеног плана реорганизације постојање изјаве ревизора или лиценцираног стечајног управника да је предложени план изводљив. Изводљивост као предуслов за расправу, гласање, усвајање и потврду УППР-а је логичан захтев, јер само они планови који могу бити реализовани испуњавају услов за потврду од стране суда. У супротном, предложени план би представљао изигравање поверилаца.

¹ Закон о стечају – ЗОС (Службени гласник РС, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС и 83/2014).

Поред чињенице да је овакав услов за предлагање УППР-а сврсисходан, он је у домаћој пракси потпуно обесмишљен. Изводљивост плана представља „срце“ реорганизације, али се о овом услову мало дискутује у домаћој теорији и пракси, већ се углавном испуњење таквог захтева своди на паушалну потврду ревизора да је план реорганизације изводљив. При томе, предложени планови у домаћој пракси често имају погрешне економске претпоставке, што није чудно, с обзиром да се они у знатној мери злоупотребљавају и институт плана реорганизације бива извитоперен, јер он представља начин да привредни субјект преживи по сваку цену и да покуша да умањи обавезе према повериоцима. У нашој судској пракси је заузет став да чак и мишљење ревизора са резервом представља довољан основ за разматрање плана реорганизације, а да повериоци треба сами да цене истакнуте резерве када гласају о плану.² Обично се судови не упуштају у анализе које се тичу изводљивости.

На који начин увести озбиљнију анализу код провере испуњености услова изводљивости плана? Да ли је могуће пре гласања о плану доставити од стране поверилаца мишљење другог ревизора који би изразио сумњу у изводљивост плана или би навео да план није изводљив? Како поступити ако је уз предложени план достављено мишљење ревизора са „резервом“?

На овом месту се треба подсетити негативних страна реорганизације, јер када се овај правни институт користи противно његовој законској сврси, настају негативни ефекти. Наиме, када неки субјект исходује план реорганизације и делимичан отпуст дугова поверилаца, тада ће и други привредни актери такође желети да покушају са умањењем обавеза путем реорганизације. Осим тога, повериоци ће имати знатне губитке због отпуста дугова и сами могу довести у лошу финансијску ситуацију. Стога, обавезу суда да цени законитост плана треба разумети на такав начин да је суд дужан да анализира све околности случаја када доноси одлуку о потврди плана реорганизације, а не само да констатује да је план усвојен потребном већином у свакој класи поверилаца.

2 Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 03.11.2015., 04.11.2015. и 26.11.2015. и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 30.11.2015, *Судска пракса привредних судова*, Билтен 4/2015, наведено према: *ParagrafLex*.

II О појму изводљивости

Када је реч о изводљивости плана реорганизације, тај услов подразумева да план не може предвиђати обавезе које није могуће испунити. Субјект реорганизације мора имати адекватан сопствени капитал, а ако се средства позајмљују или неко треће лице врши докапитализацију, неопходно је да за измирење дуговања према повериоцима буде довољно средстава и да дужник може одржати не само текућу ликвидност, већ он мора намиривати све обавезе према плану реорганизације. Адекватност капитала се може анализирати упоређивањем капитала које имају друга привредна друштва у истој привредној грани.³ Дужник, осим тога, треба да има руководство које може спровести план и које је довољно компетентно. Изводљивост се најпре цени од стране економских експерата (ревизори), а затим и од стране стечајног суда. Стечајни дужник треба да покаже да ће имати повољне токове новца у будућем периоду (*cash flow*), ако дође до усвајања и судске потврде плана реорганизације. При оци да ли план предвиђа реалне основе, потребно је испитати најпре пословање дужника у претходном периоду, а историјске успехе треба узимати само као релативан појам.

Изводљивост пословног пројекта, што и сам план реорганизације представља у економском смислу, није лако проценити. Више аналитичара ће доћи до различитих процена о реалности предложених пословних планова.⁴ Могућност за испуњење плана реорганизације треба сагледати на такав начин да се утврди да ли постоје шансе за привредни опоравак дужника, било да је реч о трајном (који подразумева наставак пословања) или привременом опстанку субјекта реорганизације (дужник опстаје још неко време ради реализације предложених реорганизационих мера и исплате поверилаца, а затим се гаси). Притом, потребно је анализирати будуће приходе дужника и његову тзв. ликвидациону вредност имовине.⁵ Ако резултат оваквог поређења буде закључак да ће повериоци имати већи повраћај средстава наставком пословања дужника, онда реорганизација има смисла.

3 Douglas Baird, *Elements of Bankruptcy*, New York, 2006, 256.

4 Michael T. Roberts, „A Tangible Solutions for Testing Plan Feasibility“, *American Bankruptcy Institute Journal*, Vol. 32, 2013.

5 Thomas Opferkuch, *Sanierung von Unternehmen*, Wien, 2014, 35.

Изводљивост код реорганизације означава реалност обећања које је стечајни дужник дао повериоцима.⁶ Да би се изводљивост могла проценити од стране стечајног суда, потребно је да извештај ревизора даје добре основе за оцену представљених информација о будућим приходима стечајног дужника и способности да испуњава обавезе.

На оцену судије о изводљивости плана не треба да утиче подршка коју план добије од већинских поверилаца у класама предвиђеним планом, јер план представља наметање ограничења која се тичу потраживања других (мањинских) поверилаца. Таква ограничења је могуће успоставити само ако је план законит, односно ако је план реално изводљив.

III Изводљивост плана у америчком праву

Услов изводљивости је у америчком стечајном праву постављен у Кодексу (USC) у §1129(a) (11). У том параграфу се услов изводљивости плана дефинише на тај начин да се план може потврдити од стране суда само у случају да над субјект реорганизације неће након потврде плана бити отворен поступак банкрутства и ако неће бити потребна поновна реорганизација. У америчкој теорији се наводи да се услов изводљивост плана има ценити према околностима сваког појединачног случаја.⁷ Ако неки поверилац изјави приговор да план није изводљив, суд треба да цени достављену документацију и да саслуша финансијске стручњаке, да би проценио да ли је предлагач плана испунио свој терет доказивања о реалности плана.⁸ Услов изводљивости не треба тумачити као гаранцију, већ као разумно уверавање о могућности успешног спровођења плана.⁹ Изводљивост као предуслов за потврду плана реорганизације у ствари служи спречавању „визионарских“ обећања повериоцима која нуде више него што дужник може заиста да оствари.¹⁰

6 Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, Cambridge University Press, 2002, 196.

7 Aspen Publishers, *Bankruptcy Keyed to Course Using Warren and Bussel's Bankruptcy*, Wolters Kluwer, New York, 2010, 86.

8 Види: Jones Day Publications, „Focus on Feasibility“, *Pratt's Journal of Bankruptcy Law*, April-May 2007.

9 Stephen H. Case, „Some Confirmed Chapter 11 Plans Fail. So What?“, *Boston College Law Review*, Vol. 47, 2005, 60.

10 Nancy Reign Baldiga, „Is this plan feasible? An empirical legal analysis of plan feasibility“, *Commercial Law Journal*, Vol. 101, 1996, 115.

У пракси америчких судова се користи неколико критеријума за утврђивање изводљивости плана: 1) адекватност капитала стечајног дужника, 2) способност генерисања будућих прихода, 3) економско стање друштва, 4) способности руководства, 5) да ли исто руководство наставља да управља дужником, 6) друге околности које могу условљавати успешну реорганизацију¹¹ (као што би рецимо била предстојећа парница за накнаду штете од стране будућег повериоца субјекта реорганизације).

У америчкој литератури се може наћи мишљење да реорганизација често не буде спроведена управо због тога што план предвиђа да ранији чланови органа дужника остају на својим функцијама и да би судови требали да буду опрезнији када одобравају планове који не подразумевају промену лица која обављају такве функције.¹²

Чест је случај да план предвиди продају имовине у власништву стечајног дужника. Код таквих планова реорганизације, потребно је да дужник покаже вероватност да ће продаја моћи да се изврши у оквиру предложеног периода и по дефинисаним ценама. У једном случају из 1992. године, амерички суд је стао на становиште да је предложени план који је подразумевао продају апартманског комплекса у власништву стечајног дужника по цени од око двадесет милиона долара шпекулативан и да не испуњава захтев које поставља тест изводљивости плана.¹³ У овом случају стечајни дужник *M&S Associates Ltd.* је предложио план реорганизације 1989. године. Имовину дужника су чинила три апартманска комплекса у америчкој држави Тексас. Предлагач је стекао ове некретности 1986. године уз финансирање које је обезбедила компанија *Gill Savings Association*, а друштво *Resolution Trust Corporation* је било именовано за заступника *Gill Savings Association* и имало је менице и обезбеђење на апартманима за потраживање према стечајном дужнику, с обзиром да дужник није исплатио дуг који се односио на трансакцију којим је стекао предметне некретности (око 20 милиона долара). Тај износ је био знатно већи у односу на тржишну вредност стечених некретности, која се кретала око дванаест милиона долара. План је предвиђао продају сва три апартманска комплекса, по цени од двадесет једног милиона долара, којим би се могли измирити дугови, међутим, суд је одбио да потврди план заузимајући став да није реално очекивати да ће сви апартмани бити продати

11 *Guilford Telecasters*, 128 B.R.; *In re U.S. Truck Co.*, 800 F.2d 581 (6th Cir.1986).

12 Karen C. Denning, Stephen P. Ferris, Robert Lawless, „Serial Bankruptcy: plan feasibility or just bad luck?“, *Applied Economics Letter*, Vol. 8, 2001, 108.

13 *In re M&S Associates*, 138 B.R. 845, 850-2 (Bankr. W.D. Tex. 1992).

током периода реализације плана и по овој предвиђеној цени. Суд је закључио да је предлагач желео у ствари да усвајањем плана избегне још неко време принудно извршење на својој имовини, „коцкајући се са новцем поверилаца“ и рачунајући на средњорочно драстично побољшање услова на тржишту некретнина.

У другом случају¹⁴ план је такође предвиђао продају непокретне имовине и исплату поверилаца из суме добијене продајом у периоду од две године. План, међутим, није помињао било ког потенцијалног купца, нити су били ближи постављени услови такве евентуалне продаје. Суд је заузео став да план не испуњава услов изводљивости, с обзиром да нису наведени довољно конкретни елементи који би могли уверити суд да ће план моћи да се реализује.

Један од важнијих случајева који се баве темом изводљивости плана је *In re Friendship Dairies*.¹⁵ Предлагач плана, произвођач млечних пре-рађевина, сматрао је да модернизовањем технологија, организовањем производње на ефикаснији начин, проширењем производних капацитета, може доћи у ситуацију да измири финансијске обавезе према повериоцима. Плану су супроставио највећи обезбеђени поверилац *AgStar*. Овај поверилац је имао потраживање од око шеснаест милиона долара и план је предвиђао отплате за класу којој припада *AgStar* у трајању од петнаест година. *AgStar* је тврдио да дужник не може да испуни обавезе из плана, да је стога план неизводљив и да је план предложен у лошој вери, да дужник нема одговарајуће руководиоце. У америчком праву је могуће исходovati усвајање плана чак и када класа поверилаца није гласала за план (класа у коју спада потраживање *AgStar*), ако је план фер, равноправно третира повериоце, а то је случај када такви повериоци добијају најмање вредности које би добили да се стечај спроводи банкротством.

Имајући у виду да је тржиште млечних производа било нестабилно и да су се цене често мењале, није било могуће предвидети да ли ће *Friendship Dairies* успети да реализује план. У периоду почев од подношења предлога за усвајање плана до гласања о плану, дужник је увео промене у производњу. Пројекције предлагача и финансијских експерата датих уз предлог плана, везане за токове новца, међутим, нису биле испуњене ни у периоду од подношења предлога плана до гласања о плану.

14 *In re Hoffman*, 52 B.R. 212, 215 (Bankr.D.N.D.1985).

15 *In re Friendship Dairies*, 12-20405-RLJ-11(Bankr. N.D. Tex. 2014).

Суд је одбио да потврди план, заузимајући став да је план неизводљив. Основна премиса која мора бити испуњена је да предлагач докаже да постоји реална основа за уверење да ће план бити испуњен у разумном року и да над дужником неће поново бити покренут поступак стечаја. Поред довољног капитала дужника, суд треба да оцени могућност дужника да стиче профит, а при томе треба ценити „конкретне, а не спекулативне“ пројекције дужника, а треба посматрати и период од поношења плана до гласања о плану као тест фазу – у којој мери дужник остварује планиране активности које је најавио планом. Мишљење суда је било и да нарочито треба посматрати период пре подношења плана, односно да ли је дужник кренуо путем опоравка и да ли је предузимао било какве активности у том правцу. Анализирајући околности случаја, суд је сазнао да предлагач није испуњавао обавезе у периоду пре подношења предлога плана. Суд је затим дошао до закључка да дужник највероватније неће имати довољно средстава за исплате које треба да убрзо по усвајању плана, а да се тешко могу дати прогнозе за даљи напредак дужник, јер су цене на релевантном тржишту изразито нестабилне.

Статистички подаци из америчке праксе показују да и поред озбиљних критика плана реорганизације, овај институт има позитивна дејства на привреду.¹⁶ Међутим, треба имати у виду да се амерички судови озбиљно баве питањем изводљивости плана, да у стечајном поступку саслушавају финансијске експерте, дозвољавају сучељавање мишљења у том погледу, па чак се дешава и да се саслушају сведоци – директори поверилаца који гласају о плану у погледу њихових намера да сарађују са дужником у периоду након потврде плана.

IV Оцена ревизора о изводљивости плана

Наш Закон о стечају предвиђа изјаву ревизора или лиценцираног стечајног управника да је план изводљив као обавезан елемент унапред припремљеног плана реорганизације. Овај захтев треба нешто детаљније анализирати. Да ли ревизор који даје такву изјаву мора бити независан?

Закон прописује да у случају када од дана пресека из плана реорганизације до датума одржавања рочишта о расправљању и гласању о плану протекне више од девет месеци (рецимо ако је план био укинут од стране другостепеног суда), тада се мора доставити нови ванредни изве-

16 Elizabeth Warren, Jay Lawrence Westbrook, „The success of Chapter 11: A challenge to the critics”, *Michigan Law Review*, Vol. 107, 2009, 640.

штај израђен од стране другог независног ревизора. На овом месту закон поставља услов независности ревизора. Какав је случај када је реч о првом ванредном извештају, односно „пресеку“ који се доставља уз иницијални предлог за усвајање унапред припремљеног плана реорганизације? У члану 156 ст. 4 т. 5 закон не помиње услов независности ревизора, већ се захтева ванредни извештај ревизора са стањем пословних књига утврђеним најкасније 90 дана пре дана подношења УППР-а суду. Чини се да ако други ванредни извештај, мора бити израђен од стране другог независног ревизора, први ванредни извештај такође треба да буде сачињен од стране независног ревизора. Ако је оваква премиса исправна, онда је Закон о стечају пропустио да ближе дефинише услов независности ревизора који израђује иницијални ванредни извештај о стечајном дужнику и исти такав услов за ревизора који даје оцену о изводљивости плана реорганизације.

Закон о ревизији прописује забрану за обављање ревизије код правног лица код кога је ревизор повезан путем капитала са тим друштом, у ком обавља одређене функције или је у родбинским односима са таквим лицима, ако је пружао услуге рачуноводственог, пореског саветовања или ако постоје друге околности које могу утицати на независност ревизора.¹⁷ Дакле, да би ревизор мога пружати услуге одређеном привредном друштву, у сваком случају мора да постоји услов независности ревизора. Стога и члан 156 ст. 4 т. 5 треба тумачити да само независан ревизор може да изради ванредни извештај за потребе поношења унапред припремљеног плана реорганизације.

1. Мишљење ревизора о изводљивости плана

Међународни рачуноводствени стандарди у параграфу 7 МСР 705 (модификација мишљења) прописују да ће ревизор изразити мишљење са резервом у следећим случајевима: 1) након прикупљања довољних ревизорских доказа закључи да су погрешна приказивања, појединачно или збирно, значајна, али не и прожимајући за финансијске извештаје или 2) када ревизор не може прибавити довољне и адекватне ревизорске доказе на којима би заснивао мишљење, али ревизор дође до закључка да би могући ефекти неоткривених погрешних приказивања на финансијске извештаје, ако их има, били значајни, али не прожимајући.

17 Чл. 35 и 36 Закона о ревизији, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2013.

Негативно мишљење ће постојати када је ревизор прибавио довољно ревизорских доказа и дође до закључка да су погрешна приказивања од значаја за финансијске извештаје. Уздржавајуће мишљење се изражава када ревизор није био у могућности да прибави довољно докумената на којима би засновао мишљење, а ефекти неоткривених исказивања могу бити од прожимајућег утицаја на финансијске извештаје.

Од каквог су утицаја наведена мишљења ревизора на оцену о изводљивости плана? Када ревизор да негативно мишљење или уздржавајуће мишљење, тада не треба узети да је план изводљив. Код мишљења са резервом, треба посебно обратити пажњу на образложење за тако изражено мишљење. Сматрамо да у таквом случају суд треба обавезно да саслуша ревизора и да донесе оцену о изводљивости плана, ценећи наводе ревизора у погледу којих је изнета резерва.

У домаћој пракси је заузет став да је унапред припремљен план реорганизације који је праћен мишљењем ревизора са резервом потпуно смислу чл. 156 ст. 5 ЗОС, а да такво мишљење ревизора треба да цене повериоци приликом гласања о плану.¹⁸ Мишљења смо да овакво поступање није довољно за проверу изводљивости плана, јер не треба само да повериоци треба да цене мишљење ревизора са резервом, већ је неопходно да се суд упусти у анализу о утицају таквих резерви на изводљивост плана, јер суд дугује такву оцену повериоцима који гласају против усвајања плана.

2. Конкурентно мишљење о изводљивости плана

Чини се интересантним дилема у вези могућности да стечајни поверилац супростави мишљењу ревизора о изводљивости плана другачије мишљење дато од стране другог ревизора или стечајног управника. На који начин поступити у таквом случају?

Имајући у виду да тест изводљивости плана не треба да се сведе само на мишљење ревизора, односно стечајног управника, већ треба да представља о оцену судије о изводљивости, сматрамо да су оваква поступања дозвољена. Стечајни суд требао да узме у обзир такве наводе, односно да би требало саслушати лица која су дала такве оцене, како би се

18 Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 03.11.2015., 04.11.2015. и 26.11.2015. и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 30.11.2015, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 4/2015.

уверио у могућност да стечајни дужник спроведе план.¹⁹ Овакво поступање не представља претварање стечајног поступка у парнични поступак, већ омогућава стечајном судији да створи комплетнију слику о економском стању дужника и његовим будућим приходима.

Саслушање ревизора, тј. стечајног управника о изводљивости плана не треба да уследи само у случају да противници плана доставе мишљење које је супростављену мишљењу да је план изводљив. Повериоци који сумњају у могућност дужника да реализује план могу једноставно довести у сумњу такво мишљење аргументима.²⁰ Суд би требао и у таквом случају да саслуша ревизора, односно стечајног управника. Важност оцене о изводљивости плана у таквом случају има превагу над начелом хитности из Закона о стечају.

Посебно је питање на који ће начин други ревизор, односно стечајни управник, дати оцену о изводљивости плана, јер ова лица немају приступ документима и информацијама којима располаже ревизор ког ангажује дужник ради давања оцене о изводљивости плана? Закон о стечају садржи у чл. 4 начело једнаког третмана стечајних поверилаца и равноправан положај поверилаца истог исплатног реда, односно класе у поступку реорганизације. Ово начело не гарантује „једнакост оружја“ стечајног дужника и стечајних поверилаца. Међутим, чл. 10 ЗОС гарантује да сви учесници у стечајном поступку имају право на благовремени увид у податке везане за спровођење поступка. Сматрамо да стечајни дужник и стечајни суд треба да омогуће достављање документације о пословању дужника у случају да повериоци желе да провере једном дато мишљење ревизора и да ангажују другог ревизора или стечајног управника тим поводом, јер су подаци који дају основу за изразу извештаја о изводљивости управо такви подаци који су у вези са спровођењем поступка.

Осим тога, сматрамо да аутоматизам по ком поступају судови у пракси – прихватање мишљења ревизора да је план изводљив треба променити, јер суд сам треба да стекне оцену о изводљивости на основама које му пружа извештај ревизора. На такав начин суд поступа и у парничном поступку, суд не узима налаз и мишљење вештака за пресудан став приликом пресуђења, већ овај доказни предлог цени као и све остале изведене доказе. Тако и у стечају, суд сам треба да цени мишљења финансијских експерата о

19 Richard F. Broude, *Reorganizations Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code*, New York, 2005, 1233.

20 Nancy R. Baldiga, „Practise opportunities serving those in distress in Chapter 11“, *CPA Journal*, Vol. 68, 1998, 28.

изводљивости плана и не треба избегавати саслушање ових лица када су дати аргументи који изазивају сумњу у мишљења ових лица.

V Терет доказивања изводљивости

Предлагач плана треба да докаже да је план изводљив како би стечајни суд донео одлуку којом се усваја план реорганизације. Суд при томе треба да има активну улогу, јер је реч о суштинском, најважнијем предуслову за реализацију плана. Тешко да ће план бити изводљив, ако стечајни дужник не обавља привредну активност рецимо годину дана, а у плану се наводи да ће дужник да буде један од водећих привредних субјеката у одређеној привредној грани, само ако му се пружи још једна шанса. У случају да се изводљивост доведе у питање током поступка који претходи гласању о плану, управо је на предлагачу плана терет доказивања да је план реалистичан.

VI Закључак

Приликом испитивања законитости плана стечајни суд треба да посебно размотри услов изводљивости плана. При томе није довољно да суд препусти ову оцену повериоцима који гласају за усвајање плана, већ је неопходно да суд да сопствену оцену о могућности да се план заиста и реализује. Полазна основа је мишљење ревизора или стечајног управника о изводљивости плана, међутим, потребно је размотрити и аргументе који доводе у сумњу такво мишљење. Посебно треба имати у виду да ли је стечајни дужник непосредно пре предлагања плана и у периоду од подношења предлога до дана гласања побољшао своје привредне активности, да ли уопште обавља било какве активности, да ли има довољно имовине, да ли има заинтересованих лица за куповину имовине стечајног дужника (ако план предвиђа продају такве имовине).

Ivan TODORVIĆ, PhD
Attorney at Law in Belgrade

FEASIBILITY OF THE REORGANIZATION PLAN

Summary

Feasibility of the plan is the important precondition for its confirmation by the court and for the realisation of reorganization. Detailed analysis of posi-

billity of successfull reorganization are not provided in domestic practise and the plan is „automatically“ confirmed if the auditor has issued a positive opinon on this matter and if the plan is accepted in each class of creditors. Plan of reorganization has serious effects on minority creditors and such limitations are only possible if the plan fulfills all preconditions for confirmation. The most important condition is the realistic chance for the realization of the plan. Feasibility of the plan is not analysed in domestic literature. This article contains few cases from USA practice and the conclusions in regard what should be determining factors for feasibility of the reorganization plan.

Key words: *reorganization, pre-pack, feasibility of the reorganization plan, auditors statement on feasiblity of the reorganization plan, auditor’s qualified opinion on feasibility of reorganization plan.*

Марко ТОМИЋ

виши судијски сарадник Привредног апелационог суда

ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА У НОВИЈОЈ ПРАКСИ СРПСКИХ И НЕМАЧКИХ СУДОВА*

„...па би се све свршило на коментовању ваљевских нагађања:
да ли ће Bella Manda повратити накит господину Манојлу Јовићу (...)
и да ли ће тај накит ући у масу из које ће се намиривати бивше
штедионице бивши депоненти.“¹

Резиме

Рад се бави анализом побијања правних радњи стечајног дужника у светлу новије српске и немачке судске праксе. Први део рада је посвећен уводним разматрањима о овој теми. Други део се бави предусловима и условима побијања. Трећи део рада је централни и говори о основима побијања. У њему се посебно расправља о правној природи уговора о јемству.

* Аутор дугује захвалност судији Јасминки Обућини, председнику Одељења судске праксе Привредног апелационог суда и судији Јелени Вилдовић Живковић, заменици председника тог Одељења, за уступљене примере судских одлука Привредног апелационог суда. Немачка судска пракса је, у сентенцама, преузета без накнаде са интернет странице часописа *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* – www.zip-online.de, осим одлуке из фусноте бр. 65, која је преузета уз накнаду. Ради поједностављења, у раду ће се под синтагмом „правне радње“ сматрати како правни послови, тако и правне радње стечајног дужника.

1 Радован Бели Марковић, *Кнез Мишкин у Белом Ваљеву*, Народна књига/Алфа, Београд, 2002, 304. Манојло Јовић је био директор Ваљевске штедионице која је завршила у стечају. Шта се збило са накитом који је он поклонио Bella Mandi, никада нећемо дознати, јер нам то писац није открио. Накит је чинио имовину штедионице, вероватно у следству остварења потраживања штедионице према клијентима на предмету ручне залоге. Веза са овим радом лежи у томе што се побијање правних радњи стечајног дужника тиче интереса свих поверилаца, па су зато ваљевске штедише погледале тај накит како би им се, по његовом уновчењу, колико било вратила уштеђевина. Али, будући да је Bella Manda била циркуска актерка, сва је прилика да су се њихове наде у намирење потраживања по основу штедних улога из вредности споменутог накита распршиле у прашину коју су за собом оставила одлазећа циркуска кола.

У четвртном делу рада се разматра замена испуњења као побојни правни посао. На крају, у петом делу се изводи закључак.

Кључне речи: *побијање, стечајни дужник, стечај, судска пракса, уговор о јемству.*

І Уводне напомене

Историјски посматрано, правни институт стечаја је настао као „средство за спречавање грабежи имовине стечајног дужника и уношење реда у намирење његових поверилаца“.² Дакле, путем стечаја се превасходно чувао стечајни дужник од поверилаца. Модерна сврха стечаја је, у најкраћем, да се повериоци што више и што брже намире из стечајне масе. Међутим, када стечајни дужник пре отварања стечаја путем непоштених радњи омета равномерно намирење поверилаца или без таквих намера умањује своју имовину, јавља се потреба да се, под одређеним условима, таквим радњама одузме дејство према стечајној маси. Овде је у питању заштита поверилаца од правних радњи стечајног дужника, правним захватањем у његову прошлост. У случају успеха побијања, дужников саговорач је дужан да врати користи из побојног посла у стечајну масу, у мери у којој је то потребно да се намире повериоци, а ако је притом и сам поверилац, онда он стаје у ред са осталима како би намирио своје противпотраживање из побијеног посла. Посреди је класична стечајна тема.³

У овом раду се, у претежном делу, разматрају размишљања домаће и немачке судске праксе о овој теми. Немачко право на сличан начин уређује ову стечајну област, па је стога погодно за упоредну анализу. Биће речи о свим основима побијања, осим о непосредном оштећењу, услед одсу-

2 Гордана Илић-Попов, Небојша Јовановић, Јован Јовановић (ур.), *Приручник за стечајне управнике*, Агенција за лиценцирање стечајних управника и Intermex, Београд, 2006, 157.

3 Srećko Zuglia, *Prinudna likvidacija (stečaj) privrednih organizacija*, Trgovinska izdanja NR Hrvatske, Zagreb, 1956, 41-47; Томица Делибашић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, ауторско издање, Београд, 1999; Михајло Велимировић, *Стечајно право*, Симбол, Нови Сад, 2004, 103-137; Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Сес Месон, Београд, 2006, 353-388; Милена Јовановић Zattila, Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Досије, Београд, 2007, 91-100; Franc Zimmermann, Јасминка Обућина, Иван Миловановић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Агенција за лиценцирање стечајних управника и Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit GmbH (GIZ GmbH), Београд, 2015; Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2015, 544-546.

ства већег значаја овог основа, како код нас, тако и у Немачкој.⁴ Не тежи се детаљном проматрању ових питања, већ приступ рада почива на осветљавању занимљивих и спорних питања из ове стечајне области. Пре тога, укратко се излажу знања о предусловима и општим условима побијања.

II Предуслови и општи услови побијања

1. Предуслови

Предуслови за побијање правних радњи стечајног дужника су, преваходно, творевина судске праксе и правне теорије.⁵ Стечајни закон о њима „ћути“. Према устаљеној пракси, у питању су три кумулативна предуслова. Потребно је да побијани посао (ако се он побија, а не правна радња у ужем смислу) буде пуноважан, да је над стечајним дужником отворен стечај и да у стечајној маси тужиоца нема довољно имовине за потпуно намирење поверилаца.⁶ На овај начин је наш жалбени трговачки суд виспремно одговорио на благи недостатак стечајног закона у којем се ови услови не помињу, али се свакако до њих може доћи тумачењем осталих његових одредаба у сагласју са општим правилима облигационог права.

Најпре, квалитативно су различити погрешни правни послови (рушљиви и ништави) од побојних, јер први не важе (рушљиви важе све док се не пониште, а ништави од настанка не делују), а потоњи су пуноважни.⁷ Овај предуслов је, заправо, одраз дејства побијања правних послова стечајног дужника. Правни посао ће у следству успешног побијања остати без дејства само према стечајној маси, а тиме се не дира у његову пуноважност.

4 У архиви часописа *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (у даљим фуснотама: ZIP) се по овом основу (нем. *Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen*) налази свега пет одлука, а тамо је похрањена пракса још од 1980.

5 О сва три услова код: F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 31; о услову пуноважности посла видети код: М. Велимировић, 117.

6 Примера ради, о сва три предуслова видети у одлукама Привредног апелационог суда: пресуда 2 Пж 3356/15 од 24. новембра 2016, решење 3 Пж 2762/16 од 14. априла 2016, али и посебно о сваком од ових услова: пресуда 2 Пж 7634/14 од 22. септембра 2016, пресуда 6 Пж 3210/14 од 27. октобра 2015, пресуда 2 Пж 2287/15 од 27. октобра 2016.

7 Слободан Перовић, *Облигационо право, књига прва*, Привредна штампа, Београд, 1980, 447-485; Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Јавно предузеће Службени гласник, Београд, 2009, 418-429; Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), 251; М. Јовановић Zattila, В. Чоловић, 95-97; Т. Делибашић 84-94; F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 21-26.

Такође, природно је да се тражи враћање средстава у стечајну масу тек када у њој нема довољно новца за друге повериоце. То проистиче и из правила о ванстечајном побијању према којима се оно врши ако поверилац није успео да намири своје потраживање од дужника.⁸ Тако и Делибашић, са позивом на старију судску праксу, каже да ако су стечајни повериоци током стечаја намирени у пуном износу, не може са успехом да се у побојним парницама захтева повраћај исплаћених износа од поверилаца који су своја потраживања намирили пре отварања стечаја.⁹

Најзад, стечајни закон уопште и не може да се примени у овом смислу ако није отворен стечај над стечајном дужником. То је, уосталом, и суштинско разликовање стечајног и ванстечајног побијања.¹⁰

2. Услови побијања

Законом су постављени алтернативни услови побијања правних радњи стечајног дужника. Довољно је да се стекне један од њих, па да правни посао или радња може да се побија. Три су услова побијања: нарушавање равномерног намирења поверилаца, оштећење поверилаца и поговорање поверилаца.¹¹ Потом закон уређује пет различитих случајева побијања („основа побијања“¹²). То су уобичајено намирење, неуобичајено намирење, непосредно оштећење поверилаца, намерно оштећење поверилаца и бесплатна располагања дужника.¹³ У нашој судској пракси се наглашава значај оцене испуњености услова побијања, пре него што се пређе на испитивање посебних случајева побијања.¹⁴ Тиме се следи логички ток мисли, који почиње оценом испуњености сва три предуслова, наставља се испитивањем постојања једног од од алтернативних услова и најзад, завршава се сврставањем побијане радње у један од пет посебних случајева побијања.

8 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 280-281; F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 27.

9 Т. Делибашић, 205 -206.

10 Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), 247-248; F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 26-30.

11 Закон о стечају, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 104/09, 99/11 – др.закон, 71/12- УС, бр. 83/14 (у даљем тексту и фуснотама: Закон о стечају или стечајни закон), чл. 119.

12 Решење Привредног апелационог суда 3 Пж 2762/16 од 14. априла 2016.

13 Закон о стечају, чл. 120-124.

14 Пресуда Привредног апелационог суда 11 Пж 3108/16 од 24. новембра 2016.

III Посебни случајеви побијања у судској пракси

1. Уобичајено намирење као случај који је лако доказати

Уобичајено намирење постоји када поверилац добије намирење или обезбеђење у складу са садржином свог права, али у критичном тренутку, тј. „у незгодно време, јер је већ било извесно да је дужник запао у неповољно финансијско стање.“¹⁵ Тренутак је критичан због тога што је у одређеном раздобљу пре подношења предлога за отварање стечаја дужник био неспособан за плаћање, а поверилац је то знао или морао да зна. Када је поверилац банка, судска пракса каже да је она „финансијска организација која се бави пласманом новчаних средстава и новчаним трансакцијама са клијентима и која поступа са посебном пажњом приликом провере ликвидности клијената са којима закључује уговоре.“¹⁶ Због тога је мало вероватно да банка може да тврди да није знала за дужникову неспособност за плаћање. Ипак је она „трговац новцем“¹⁷ и дужна је да поступа са пажњом добром стручњака. Међутим, наивно је и да се „обични“ трговци склањају у „сигурну луку“ незнања за незавидан финансијски положај свог саговорача, када је такво стање исказано кроз блокаду рачуна. Имајући на уму свеопшту доступност података на интернету, свако може увек да провери на званичној страници Народне банке Србије да ли је његов саговорник у блокади. Не искључује се, разуме се, доказивање супротног.

Међутим, није блокада рачуна једини знак неспособности за плаћање. С друге стране, не значи увек да је дужник постао инсолвентан ако му је рачун у блокади, посебно ако је вршио плаћања током њеног трајања.¹⁸ У немачкој судској пракси су развијени префињени критеријуми за оцену ове околности. Рецимо, околност да је дужник тражио од повериоца да плати дуг на рате, јер не може да га плати одједном, не значи сама по себи да је он обуставио плаћања.¹⁹ Али, ако се дужник не придржава

15 М. Велимировић, 128; Закон о стечају, чл. 120; немачки Стечајни закон из 1994. године (*Insolvenzordnung*, даље у фуснотама: InsO), пар. 130 (нем. *Kongruente Deckung*).

16 Из образложења пресуде Привредног апелационог суда 2 Пж 3356/15 од 24. новембра 2016.

17 Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 170.

18 Решење Привредног апелационог суда 7 Пвж 505/15 од 21. октобра 2015.

19 *Bundesgerichtshof* (Савезни врховни суд Немачке, даље у фуснотама: BGH), пресуда IX ZR 188/15 од 14. јула 2016, ZIP 2016, 1686; BGH, одлука IX ZR 6/14 од 16. априла 2015, ZIP 2015, 937.

рокова који су уговорени за плаћање дуга на рате, то повериоци могу да схвате једино као да је он инсолвентан.²⁰

У нашем праву, рок којим су захваћене радње уобичајеног намирења траје шест месеци пре подношења предлога за отварање стечаја, рачунајући уназад.²¹ У немачком праву он износи три месеца и рачуна се на исти начин.²² Дакле, иако се за одређене радње покаже да представљају уобичајено намирење поверилаца, оне услед протекла времена остају нетакнуте и морају да се потраже теже доказиви основи побијања, као што је намерно оштећење, који захватају дужни временски период (код нас пет година, а у Немачкој чак десет).²³ Тако је суд једном приликом закључио да не постоји намерно оштећење поверилаца, али постоји уобичајено намирење, за чију примену је истекао рок. У том случају се извођач радова (стечајни дужник) у доба своје неспособности за плаћање (за коју је добављач знао) договорио са својим наручиоцем да овај добављачу непосредно, пре доспелости, плати цену грађевинског материјала који је добављач већ био испоручио извођачу радова. Суд је закључио да је то уобичајено намирење повериоца (добављача), али да није било намере оштећења поверилаца.²⁴

Дакле, када је дужникова неспособност плаћања проузроковала блокаду његовог рачуна, такво побијање уобичајеног намирења лако може да буде успешно. Ипак, оно је резервисано за кратак рок пре подношења предлога за стечај. С друге стране, ако је у спорно доба његов рачун био укључен у платни промет, потребно је више труда да би се доказало постојање овог случаја побијања.

2. Неуобичајено намирење са освртом на могућност побијања радњи трећих лица уопште

Према слову стечајног закона, правни посао или правна радња којима се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење које он уопште није имао право да тражи или је имао право да тражи али не на начин и у време када је предузето, могу се побијати ако су предузети у последњих дванаест месеци пре подношења предлога за покретање сте-

20 Oberlandesgericht (Виши земаљски суд, даље у фуснотама: OLG) Bamberg, пресуда 5 U 187/15 од 26. априла 2016, ZIP 2017, 97.

21 Закон о стечају, чл. 120.

22 InsO, пар. 130 ст. 1 тач. 1.

23 Закон о стечају, чл. 123 ст. 1; InsO, пар. 133 ст. 1.

24 BGH, пресуда IX ZR 240/13 од 17. јула 2014, ZIP 2014, 1595. По нашем мишљењу, могло би да се ради и о неуобичајеном намирењу, јер је добављач наплатио цену робе пре њене доспелости.

чајног поступка.²⁵ У правној мисли се каже да се њиме: „у још драстичнијем облику врши погодовање повериоца него што је то случај код уобичајеног намирења.“²⁶ Дакле, поверилац којег је стечајни дужник на неуобичајени начин намирио, на то уопште није имао право или га је имао у другачијем облику. Сливовит је пример из немачке судске праксе у којем је стечајни дужник са банком у оквиру рока од три месеца пре подношења предлога за отварање стечаја уговорио промену рока доспелости отплате кредита, и то уназад. Суд је нашао да такво уговарање превременог враћања кредита представља неуобичајено намирење банке.²⁷

На овом месту се намеће занимљиво питање. Оно се тиче тога да ли могу да се побијају и радње трећих лица, а не само стечајног дужника (из било ког основа, а не само због неуобичајеног намирења). Према језичком читању нашег стечајног закона, то једино могу да буду радње стечајног дужника. У наслову осме главе овог закона која уређује тему побијања стоје речи „Побијање правних радњи стечајног дужника.“ Теорија једногласно говори у прилог томе да се побијају само дужникове радње.²⁸ Немачко право на другачији начин решава ово питање. У немачком стечајном закону, наслов трећег одсека трећег дела гласи: „Стечајно побијање“ (нем. *Inslovenzanfechtung*). Не ограничава се, дакле, побијање само на радње стечајног дужника.²⁹ Могу се побијати и радње других лица. То се види из примера у којем је стечајни дужник био закупац, а предмет побијања је била исплата коју је подзакупац учинио закуподавцу по закупчевом налогу. Суд је закључио да су на тај начин оштећени остали закупчеви повериоци (а да је закуподавац погодован, јер је намирен на неуобичајен начин, *прим. аут*).³⁰

У нашем праву је, чини се, прихваћено уже схватање појма припадности побојне правне радње. Рецимо, да се поменути случај закупа догодио код нас, могла би да се побија једино правна радња закупца – налог подзакупцу да плати дуг непосредно закуподавцу. Тиме не би могла у стечајну масу закупца да се врате средства која је подзакупац требало да му плати на темељу подзакупа, а није, јер не могу да се побијају радње

25 Закон о стечају, чл. 121; слично у InsO, пар. 131 (нем. *Inkongruente Deckung*).

26 М. Јовановић Zattila, В. Чоловић, 100.

27 BGH, пресуда IX ZR 113/10 од 07. маја 2013, ZIP 2013, 2323.

28 Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), 246; Д. Слијепчевић, С. Спасић, 354; Јовановић Zattila, Чоловић, 100; М. Васиљевић, 544.

29 О разликама између српског и немачког схватања овог питања, видети код: F. Zimmermann, Ј. Обућина, И. Миловановић, 63-65.

30 BGH, пресуда IX ZR 58/10 од 20. јануара 2011, ZIP 2011, 438.

трећих лица. Исто вреди и за случај наведен у вези уобичајеног намирења (*supra*, фуснота 25). Ту не би могло да се побија плаћање цене робе које је наручилац извршио непосредно добављачу, уместо да је платио цену радова свом сауговарачу, извођачу радова (стечајном дужнику). Побујање није дозвољено јер није стечајни дужник платио, већ треће лице (наручилац из тог спора). Истини за вољу, и поменуто плаћање подзакупца и наручиоца би могло и применом нашег права да се, уз мало маште, подведе под радњу стечајног дужника. Међутим, лакше би било нашим судијама да решавају случајеве ове врсте, ако би се прихватила логика немачког права, које баштини шире схватање тог појма.

Савремени правни односи су често тространи. То могу да буду, примерице, асигнација, вишеструка компензације, уговор о грађењу са подизвођачима итд. Требало би да се дозволи побујање правних радњи трећих лица којима су оштећени или погодовани повериоци стечајног дужника или којима су они стављени у неравноправан положај. Ово стога што се тиме дају нове могућности увећања стечајне масе, што је у савременој са циљем стечаја.³¹ Остаје, нема сумње, бојазан од парница које се воде „из обести“, али је и она умањена због тога што је стечајни управник, ипак, ограничен интересом стечајног дужника, који увек мора да му буде на уму. *De lege ferenda*, поменуто дејство би се постигло брисањем речи „стечајног дужника“ из наслова осме главе стечајног закона. Одредбе самих чланова те главе би остале нетакнуте, јер се у њима већ прави суптилна разлика између различитих основа побујања (што је већ примењено у теорији).³²

3. Намерно оштећење

а) Општи случај

За постојање овог вида побујања је потребно испуњење субјективног услова јаког интензитета – намере оштећења једног или више пове-

31 Закон о стечају, чл. 2: „Циљ стечаја јесте најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.“

32 F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 64. У случају непосредног оштећења и бесплатних располагања, једино може да се побуја радња стечајног дужника (Закон о стечају, чл. 122 ст. 1 и чл. 124 ст. 1). Исто важи и за посебни случај оштећења поверилаца, јер се ту побуја враћање зајма власнику, што само може дужник да учини (Закон о стечају, чл. 123 ст. 3). С друге стране, код уобичајеног и неуобичајеног намирења, као и у општем случају намерног оштећења поверилаца, нема таквог ограничења (Закон о стечају, чл. 120 ст. 1, чл. 121 и чл. 123 ст. 1).

рилага.³³ То је „свесно предузимање правне радње за коју се реално претпоставља да може довести до штете повериоцима“.³⁴ Дакле, у питању је евентуална намера.³⁵ Да би побијање било успешно, потребно је да је стечајни дужник приликом предузимања побојног посла имао намеру оштећења поверилаца, а да је при том његов саговорач из побојног посла знао за ту намеру. Рок за побијање износи пет година и у теорији је оцењен као „веома дуг рок“.³⁶ Као и сваку субјективну чињеницу, намеру оштећења поверилаца и знање саговорача није лако доказати.

Када нема услова за примену претпоставке знања намере,³⁷ при решавању овог питања се мора поћи од објективних (свима видљивих) околности, како би се, могуће, стигло до тражене субјективне околности – намере оштећења поверилаца (познате само стечајном дужнику и његовом саговорачу). У доказном смислу, корисно је поћи од преписке дужника и саговорача или од изјава њихових лица овлашћених за заступање. Притом не сме да се заборави мисао судске праксе да не значи, само по себи, да је стечајни дужник намеравао да оштети своје повериоце закључујући правне послове или чинећи правне радње у време када му је текући рачун био блокиран.³⁸

Безобална је немачка судска пракса о намерном оштећењу поверилаца. Примера ради, може да се закључи да постоји намера оштећења ако стечајни дужник плаћа пореске обавезе само под принудним извршењем, а порески поверилац зна да је банка дужнику смањила кредитни лимит и да он врши плаћања само из дозвољеног прекорачења текућег рачуна.³⁹ Ту ни држава (порески поверилац) није поштеђена и сматраће се да је знала за намеру дужника. Постоји намерно оштећење ако привредно друштво у време своје инсолвентности плати премију осигурања у корист свог директора.⁴⁰ Занимљиво је и да се сматра да су оштећени пове-

33 Закон о стечају, члан 123; као и у InsO, пар. 133 (нем. *Vorsätzliche Benachteiligung*).

34 М. Велимировић, 126.

35 *Ibid.*; F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 116.

36 F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 111.

37 Закон о стечају, чл. 123 ст.1: „Знање намере се претпоставља ако је саговорач знао да стечајном дужнику прети неспособност плаћања и да се радњом оштећују повериоци.“

38 Из образложења решења Привредног апелационог суда 9 Пж 4351/14 од 2. јуна 2016.: „...на основу само чињенице постојања неликвидности односно блокаде рачуна тужиоца не може (се) утврђивати ни намера стечајног дужника за оштећење једног или више поверилаца, као ни сазнање за ту намеру друге стране, овде туженог.“

39 BGH, пресуда IX ZR 32/14 од 21. јануара 2016, ZIP 2016, 481.

40 BGH, пресуда IX ZR 95/11 од 12. јануара 2012, ZIP 2012, 285.

риоци друштва-мајке ако се смањи основни капитал друштва-кћери, јер се на тај начин смањује имовина друштва-мајке.⁴¹ Али, не постоји намерно оштећење када је стечајни дужник ради оснивања нове компаније дао обезбеђење на својој имовини ради добијања кредита, па чак и ако је његова нада у успех подухвата била објективно неоправдана.⁴² Очигледно је у последњем случају суд дао превагу искреној вери дужника у пословни спас предузимањем новог подухвата, па и када она није била утемељена у реалним очекивањима.

Дакле, немачка судска пракса нам показује да су неограничене животне могућности у којима могу да се појаве радње стечајног дужника које представљају намерно оштећење поверилаца. Потребно је, стога, да судије при решавању овакве врсте спорова покажу истанчан осећај за сложеност привредних односа, да не би олако карактерисали као оштећујуће неке радње које то не заслужују. Међутим, морају да покажу интуицију у откривању непоштених пословних потеза којима је стечајни дужник свесно оштетио своје повериоце. У равнотежи ова два супротстављена захтева лежи задовољење захтева правичности, што није нимало лако, будући да је правни стандард намере оштећења поверилаца заиста широк.

б) Посебни случај – враћање зајма власнику

У најкраћем, посебни случај намерног оштећења поверилаца постоји онда када стечајни дужник у последњој години пре подношења предлога за отварање стечаја врати зајам власнику његовог капитала.⁴³ Прецизније речено, побојна је и радња слична зајму, а противник побијања је и власник значајног капитал учешћа (25%), као и свако друго са стечајним дужником повезано лице.⁴⁴ При том се то не односи на враћање зајма банци. Институт потиче из немачког права, мада је тамо он прописан у посебном члану стечајног закона који уређује зајмове власника.⁴⁵

За примену овог случаја побијања није неопходно да се испуне додатни услови (ни субјективни, нити објективни). Довољно је да је дужник вратио зајам повезаном лицу у критично доба. То се јасно у немачкој судској пракси, јер се каже да није потребно да је друштво било у кризи у време враћања зајма свом власнику у оквиру једногодишњег рока

41 OLG Celle, пресуда 13 U 98/10 од 16. децембра 2010, ZIP 2011, 676.

42 BGH, пресуда IX ZR 85/07 од 5. марта 2009, ZIP 2009, 922.

43 Закон о стечају, чл. 123 ст. 3.

44 Закон о стечају, чл. 123 ст. 3 у вези чл. 125.

45 InsO, пар. 135 (нем. *Gesellschafterdarlehen*).

пре подношења предлога за отварање стечаја.⁴⁶ Поред тога, радње које одговарају зајму се уско тумаче. У вези тога је речено да то што је дужник платио закупнину свом власнику или са њим повезаном лицу, на име закупа земљишта, не представља *per se* радњу која је изједначена са зајмом.⁴⁷ Када смо се дотакли повезаних лица, помињемо и то да је у нашој теорији примећено да су она у Немачкој обухваћена побијањем враћања зајма на темељу судске праксе, а не на основу закона.⁴⁸ Тако је у једном случају суђено да је подложно побијању враћање зајма трећем лицу које је „тихи“ члан стечајног дужника, јер је учествовао у доношењу његових одлука.⁴⁹

Будући да се наша судска пракса по овом питању налази у јувенилном добу (овај основ побијања је уведен новелама стечајног закона из 2014. године), наведени примери из немачких судских одлука могу јој бити од помоћи, најмање из три разлога. Прво, за успех овог побијања се ни по нашем праву не тражи да је дужник био инсолвентан у време враћања зајма. Друго, и наша пракса би требало да уско тумачи радње сличне зајму, посебно због тога што је овакво побијање у целини објективизовано. Треће, код нас је и „директор у сенци“ лице повезано са стечајним дужником, па треба да се води рачуна да такви случајеви зајмова не измакну домаћају стечајног закона.⁵⁰

4. Јемство као спорна тачка бесплатних располагања стечајног дужника

а) Досадашња искуства

Правила српског стечајног закона о побијању добротних правних радњи стечајног дужника су само на први поглед једноставна.⁵¹ Да није тако види се из чињенице да се у српској правној теорији развила жива расправа о природи уговора о јемству, који се пред нашим судови-

46 BGH, пресуда IX ZR 196/13 од 30. априла 2015, ZIP 2015, 1130.

47 Landesgericht (Земаљски суд, LG) Freiburg, пресуда 13 O 133/13 од 07. јануара 2014, ZIP 2014, 336.

48 Бранко Радуловић, „Субординација зајмова власника у стечајном поступку – економска логика, упоредна решења и примена у Републици Србији“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (уредник Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 41.

49 OLG Јена, одлука 1 U 503/15 од 25. септембра 2015, ZIP 2016, 1134.

50 Закон о стечају, чл. 125 тач. 6.

51 Закон о стечају, чл.124: „Правни посао и правна радња стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду могу се побијати ако су закључени односно предузети у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка.“ Идентична одредба постоји у немачком праву: InsO, пар. 134, ст. 1 (нем. *Unentgeltliche Leistung*).

ма неретко побија по овом основу. Подсећања ради, уговором о јемству се јемац обавезује према повериоцу да ће испунити пуноважну и доспелу обавезу дужника, ако то овај не учини.⁵² Ако јемац испуни дужникову обавезу повериоцу, има право да тражи од дужника све што је за њега испунио повериоцу (право регреса).

Спор се води око тога да ли је уговор о јемству теретни или добродели, око чега и иначе нема сагласности у правној мисли (иде се и докле да је он неутралан), а поврх тога стоји и да сама та подела уговора изазива дилеме.⁵³ Према једном гледишту (Радовић), које разматра само случај давања обезбеђења (уопште, не само јемства) између повезаних лица, „правном радњом без накнаде најчешће се неће сматрати давање обезбеђење од стране зависног друштва за кредит који узима зависно друштво.“⁵⁴ Насупрот томе, када су матично и зависно друштво у обрнутим улогама, уговор је добродели.⁵⁵ Према другом гледишту (Хибер), иде се за тим да је „уговор о јемству начелно теретан уговор“, укључујући у анализу однос јемца и дужника.⁵⁶ Дакле, по овом схватању, претпоставка ради у корист теретности уговора о јемству, али се дозвољава да јемство буде и „доброделино, ако се у односу између јемца и дужника може утврдити *intentio liberalis*“.⁵⁷

Ван сваке сумње, цитирани писци се слажу око тога да уговор о јемству није искључиво теретни или добродели, већ да оцена његове правне природе зависи од случаја. Друго гледиште је свеобухватније и ствара претпоставку теретности уговора о јемству, чиме се ономе који побија правну радњу поставља терет да докаже да је она добродели. Ипак, може и друкчије да се приступи овом питању. При испитивању карактера уговора о јемству сматрамо да не треба да постоји претпоставка о његовој природи. Насупрот томе, сматрамо да се може поћи од смерница (индиција, показатеља) које би, у сваком појединачном случају, требало да дају заокружену слику о природи уговора о јемству. Коначну оцену даје судија, који може да примени једну или више њих, али може и да

52 Закон о облигационим односима, чл. 997; О. Антић, 161-168.

53 Драгор Хибер, „Побијање уговора о јемству у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2015, 65-67; С. Перовић, 203-208.

54 Вук Радовић, „Побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2013, 83.

55 *Ibid.*

56 Д. Хибер, 72.

57 Д. Хибер, 73.

пронађе неку сасвим нову. У нашем случају смернице су опште и посебне. Опште смернице могу увек да се примене, а посебне само понекад, поред општих и независно од њих.

*б) Опште смернице за испитивање карактера
уговора о јемству*

Опште смернице могу да се примене у сваком случају када се побија уговор о јемству у коме је јемац стечајни дужник. Све се оне тичу односа између главног дужника и јемца.

Прва општа смерница се односи на ток (претходног) односа између дужника и јемца. То је, заправо, разлог јемчења и даје нам одговор због чега се јемац на то обавезао. Он лежи у каузи побијаног јемства.⁵⁸ Најмање се два пута судска пракса изјаснила о овом питању.⁵⁹ Ако је јемац то учинио из дарежљивости, јемство је доброчино и подложно је побијању. То ће бити случај када јемац у време пре закључења уговора о јемству од дужника није примио накнаду. Ако је јемац пристао да јемчи уз накнаду, јемство је теретно. Накнада се не посматра уско, већ то може бити било каква корист из било ког другог правног односа коју је јемац од дужника примио у вези јемчења. Свакако, испитивање прве опште смернице захтева анализу историјата правног односа јемца и дужника који се збио пре закључења побијаног јемства.

Друга општа смерница се тиче накнадног држања јемца. Овде треба дати одговор на питање да ли је јемац тражио од главног дужника регрес. Дакле, тражи ли јемац регрес од њега након испуњења повериоцу, уговор је теретан. И обратно, ако одустане од регреса, уговор је доброчин. Битно је, притом, да се утврди да ли је јемац покушао да се регресира од дужника. Ако је покушао, добровољно или принудно, да поврати оно што је платио за дужника па у томе није успео, очигледно је да код њега нема намере дарежљивости и уговор је теретан.

58 Закон о облигационим односима, чл. 51-53; С. Перовић, 323-338; О. Антић, 244-285.

59 Из образложења решења Привредног апелационог суда 6 Пж 114/14 од 30. априла 2015: „Наиме, природа уговора о јемству је таква да се не мора нужно радити о уговору који је бестеретан, у ком контексту се не сме посматрати само однос јемца и повериоца, већ и однос јемца и главног дужника.“ Из образложења пресуде истог суда 6 Пж 9713/13 од 22. маја 2015: „Кауза због које се јемац обавезује повериоцу за дужника може бити различита, јер уговарањем јемства са дужниковим повериоцем, јемац или жели помоћи дужнику или се тиме ослобађа неке своје обавезе према дужнику, или пак то чини уз обавезивање дужника према њему.“

Трећа општа смерница разматра природу уговора за који се јемчи. Другим речима, треба да се утврди каква је природа оног уговора за чије испуњење јемчи јемац. Најчешће ће то бити уговор о кредиту или уговор о зајму, али се једном приликом судска пракса у овом питању сусрела са уговором о факторингу.⁶⁰ Ипак, ова индиција изгледа да увек води закључку да је јемство теретни посао, јер се у пословној пракси то по правилу чини за обезбеђење потраживања из теретних уговора.

в) Посебне смернице за испитивање карактера
уговора о јемству

Посебне смернице се примењују онда када су јемац и дужник повезана лица, као и када је и дужник пао под стечај, а не само јемац. Обе посебне смернице претпостављају да се побија јемство као правни посао јемца.

Прва посебна смерница се примењује када су главни дужник и јемац повезана лица у смислу Закона о стечају. Према *Хиберу*, ако су јемац и дужник повезана лица, могла би се утврђивати бестеретност уговора.⁶¹ Ипак, треба да се прави разлика између два могућа животна случаја. Први би био када матично друштво јемчи за испуњење обавезе свог зависног друштва према трећем. *Радовић* каже да се користи матичног друштва због јемчења „састоје у повећању вредности акција зависног друштва.“⁶² Овај аргумент је тачан, јер је могуће да услед добијања обезбеђеног кредита вредност акција зависног друштва увећа (посебно ако је матично друштво угледно). Све и да она остане иста или се, пак, смањи, опет би овакво јемчење било теретно. Матично друштво је у економски надређеном положају (премда правно равноправном) над својим зависним друштвом и разумно је очекивати да ће од њега тражити да му се врати све што је трећем за њега платило. Дакле, изгледно је да ће матично друштво да се „усуди“ да према зависном друштву врши регрес. У другом животном случају су повезана друштва у обрнутим улогама, јер зависно друштво јемчи за обавезе матичног. Ту важи супротна логика, јер је мало вероватно да ће се зависно друштво да се „дрзне“ да од свог матич-

60 Пресуда Привредног апелационог суда 5 Пж 1239/14 од 14. маја 2014: „Када се цени сама природа уговора о јемству, па самим тим да ли исти представља добротин или правни посао уз накнаду, треба ценити природу уговора који представља основ за закључење уговора о јемству.“

61 Д. Хибер, 72.

62 В. Радовић, 83.

ног друштва (правног „родитеља“) тражи регрес. Дакле, такво би јемство било доброчино.

Друга посебна смерница се примењује онда када су и јемац и дужник у стечају. У том смислу треба да се води рачуна о солвентности дужника у време закључења уговора о јемству. Ако је у то доба дужник био у неповољном финансијском стању, такав чињенични склоп више води закључку о доброчиности посла. Ово је стога што се јемац тада прећутно одриче регреса, јер он може разумно да претпостави да дужник неће бити у стању да му врати оно што за њега буде платио повериоцу. Поред тога, значајан је и дан закључења уговора о јемству. Заправо, важно је колико је тај тренутак удаљен од дана отварања стечаја над дужником. Што је скорије закључен уговор, то је више разлога да се он сматра доброчиним.

Када се повежу прва и друга посебна смерница, наћи ћемо се у магленим пољу стечаја повезаних лица. Та је тема контроверзна и код нас и у свету.⁶³ Посебну тежину услед тога добија и побијање уговора о јемству у вези кога су и јемац и дужник доспели у стечај, а при том су повезана лица. Иако се не ради о јемству, једна скорашња одлука Савезног врховног суда Немачке завређује пажњу и у светлу ове теме. Наиме, банка је одобрила заједничку кредитну линију за више повезаних друштава, која су након тога доспела у стечај. Само је друштво-мајка пре свог стечаја повукло средства кредита, поставши тако корисник кредита. Друштво-кћер је пре свог стечаја путем дозвољеног прекорачења текућег рачуна код те банке испунило банци обавезу свог друштва-мајке према банци по основу наведене кредитне линије. Суд је нашао да су тиме оштећени повериоци друштва-кћерке, у поводу бесплатног располагања.⁶⁴

IV Уговор о замени испуњења као „сумњиви“ посао

Према одредби закона који уређује облигације, обавеза престаје ако поверилац у споразуму са дужником прими нешто друго уместо онога што му се дугује.⁶⁵ То је замена испуњења (*datio in solutum*), као један од могућих начина престанка обавезе. Врло је примамљива за уговарање, јер кроз њу начело аутономије воље странака долази до пуног изражаја.

63 Вук Радовић, „Стечај повезаних друштава – основни проблеми и недоумице“, *Хармониус*, 2014, 271-299.

64 BGH, пресуда IX ZR 12/14 од 25. фебруара 2016, ZIP 2016, 581.

65 Закон о облигационим односима, чл. 308 ст. 1; О. Антић, 179-180.

Међутим, подложна је злоупотребама, што се препознаје и у лаичкој јавности.⁶⁶

Замена испуњења, попут уговора о јемству, честа је тема спорова о побијању правних радњи. Дешава се да поверилац новчаног потраживања, који је већ обезбеђен заложним правом на стварима будућег стечајног дужника, пре отварања стечаја (над дужником) са њим уговори замену испуњења. Она се испољава тако што дужник повериоцу уместо новчане обавезе (коју не може да испуни јер му је рачун у блокади) пренесе својину на управо тим оптерећеним стварима. Тиме се на очигледан начин нарушава равномерно намирење поверилаца. Правилно се (и, још је важније, правично) у неколико случајева судска пракса изјаснила о овом питању, одлучујући о постојању уобичајеног намирења поверилаца.⁶⁷ Према једном класичном мишљењу, замена испуњења представља инконгруентно (неуобичајено) намирење поверилаца.⁶⁸

V Закључак

Побијање правних радњи стечајног дужника је уистину сложена и непредвидива стечајна област. Довољно је рећи да судија треба да испита

66 „Уместо отплате кредита, Б. поклонио поље тоскичне јаловине“, наслов је вести објављене на интернет страници дневних новина *Данас*, дана 10. новембра 2014. године.

67 Из образложења пресуде Привредног апелационог суда 5 Пж 3338/14 од 7. маја 2014: „Тужилац и тужени су закључили Уговор о замени испуњења са Анексима пре отварања стечајног поступка. Закључак је првостепеног суда да се тужени, као поверилац, намирио на начин и у време који су у складу са садржином његовог права. У прилог томе говори чињеница да би се тужени, да није дошло до закључења спорних уговора намиривао као разлучни поверилац у стечајном поступку, јер је претходно утврђено да се ради о повериоцу који има заложно право на непокретностима и покретним стварима стечајног дужника, овде тужиоца. Тужилац је био у блокади дуже од годину дана пре покретања стечајног поступка, па и у време када је дошло до закључења спорних уговора.“ Из образложења пресуде Привредног апелационог суда 2 Пж 3356/15 од 24. новембра 2016: „По налажењу другостепеног суда, предузет правни посао замене испуњења обавезе тужиоца према туженом преносом својине на непокретности стечајног дужника на туженог представља посао којим се нарушава равномерно намирење поверилаца. Ово и услед чињенице да постоји уписана извршна вансудска хипотека у корист туженог на спорним непокретностима тужиоца на кат.парцели бр... уписаним у лист непокретности бр. КО Л., с обзиром на то да сходно одредби чл. 49 Закона о стечају тужени као разлучни поверилац има право на првенствено намирење из средстава остварених продајом имовине, али у складу са наведеном одредбом, а не на основу побијаног правног посла закљученог са тужиоцем“.

68 „...kad poduzeće za neki dug daje zalog ili hipoteku, iako to niti po zakonu niti po ugovoru sklopljenom prije početka pobojnog vremena nije bilo dužno učiniti.“ (S. Zuglia, 43).

да ли су испуњени предуслови и услови побијања, пре него што ће да смести чињенице у одговарајући основ побијања. Посебну пажњу захтева испитивање постојања субјективних услова, попут намере оштећења поверилаца и знања сауговарача за њу, као и знања сауговарача да је дужник неспособан за плаћање. Домаћој судској пракси могу да буду од користи одлуке немачких судова, будући да су тамошња правила побијања у највећој мери слична правилима домаћег стечајног права. Говорећи о правној књижевности, досадашња размишљања на тему побијања уговора о јемству се допуњују смерницама у потрази за његовом правном природом. Поврх свега, законодавцу се предлаже захват којим би се дејство побијања проширило и на правне радње трећих лица, полазећи од задовољења сврхе стечаја.

Marko TOMIĆ

Higher Judicial Assistant Commercial Court of Appeal

AVOIDING OF BANKRUPTCY DEBTORS' TRANSACTIONS IN RECENT PRACTICE OF SERBIAN AND GERMAN COURTS

Summary

The paper deals with avoiding bankruptcy debtors' transactions in the light of recent Serbian and German judicial practice. First part of the paper is dedicated to introductory considerations on this subject. Second part deals with preconditions and conditions of avoiding bankruptcy debtors' transactions. Third part is central one and it speaks of grounds for avoiding. Special argument on legal nature of surety contract took place in it. Fourth part deals with giving in payment as a avoidable transaction. At last, the conclusion is made in fifth part.

Key words: *avoiding, bankruptcy debtor, bankruptcy, judicial practice, surety contract.*

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

Академик *Радован ВУКАДИНОВИЋ*
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПРИНЦИП НАЦИОНАЛНЕ ПРОЦЕДУРАЛНЕ АУТОНОМИЈЕ У ПРИМЕНИ ЕУ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Резиме

Одлука коју је Суд правде донео у предмету *Tele 2 Polska*, је показала да се принцип националне процесне аутономије мора посматрати у светлу две врсте ограничења: унутрашњих и спољних ограничења. Унутрашња ограничења Суд је дефинисао у одлуци донетој у предмету *Rewe*, и формулисао их кроз захтеве да национални судови у примени националних поступака и правних средстава у поступцима заштите индивидуалних права због повреде права ЕУ воде рачуна о еквиваленцији и делотворној заштити. Њихова сврха је да се заштита субјективних права не учини претерано тежким или немогућим. Међутим, поред ових ограничења која су инхерентна природи националне процедуралне аутономије, на примену принципа националне процедуралне аутономије значајно утиче и захтев за једнообразним тумачењем права ЕУ. Овај захтев произилази из *sui generis* правне природе права ЕУ и чињенице да право ЕУ стварају наднационални органи, а да га примењују национални судски и управни органи држава чланица према унутрашњег процесним правилима. Одлука Суда правде у предмету *Tele 2 Polska* је показала да и унутрашњи и спољни захтеви значајно ограничавају процесна овлашћења националних судови у поступцима примене права ЕУ. Тако се њихова сарадња са Судом правде често своди на поступање по одлукама Суда правде што се оправдава потребом за једнообразним тумачењем права ЕУ у свим државама чланицама.

Кључне речи: право ЕУ, принцип процедуралне аутономије, принцип еквиваленције, принцип делотворности, правна средства.

I Значај принципа процедуралне економије

Право ЕУ (Community Law, EU Law, Droit Communautaire, Euro-
recht), чине бројни прописи и правила која су стварале државе чланице
и органи ЕЗ/ЕУ којима су регулисани односи између комунитарних су-
бјеката од значаја за постојање ЕЗ/ЕУ и за остваривање њихових циљева.¹
У том смислу су ови прописи циљно оријентисани. Реч је о хиљадама
прописа у чијем тумачењу и примени настају бројни проблеми и изазо-
ви.² Сложености и деликатности разумевању ових прописа доприноси не
само њихова бројност, већ и њихово паралелно постојање и примена са
унутрашњим (националним) прописима у државама чланицама. Наиме,
пријемом у ЕУ, државе чланице на Унију преносе само мањи део својих
легислативних овлашћења у обиму у коме је то потребно за остваривање
заједнички договорних циљева. Остала овлашћења државе чланице и да-
ље задржавају и врше их као своја задржана или резидуална овлашћења.
Већ само паралелно постојање две групе различитих, а често и неусклађе-
них прописа, који се примењују на исте субјекта, у практичној примени
отвара низ дилема, која се у генералном смислу могу обухвати појмом не-
регулисаног хијерархијског односа. Неусклађеност се манифестује не са-
мо кроз постојање различитих решења у комунитарним и националним
прописима, већ и кроз различито тумачење истих решења, зависно од то-
га да ли потичу из националних или комунитарних прописа и зависно од
тога ко их тумачи. Отуда се може десити да се исти појмови и институти,
као што су појмови „предузеће“ или „споразум“ у праву конкуренције,
различито тумаче у националном грађанском праву у односу на комуни-
тарно право конкуренције. То се оправдава особеном *sui generis* приро-
дом комунитарних прописа и укупног права ЕУ.³ Аутономно тумачење и
појачано коришћење тзв. корисног начина или метода тумачења (*effet
utile*) се оправдава циљном оријентисаношћу права ЕУ. Из тих и других
разлога се са правом истиче да се право ЕУ не може схватити као прост
збор права држава чланица, нити као заједнички садржалац национал-

1 О појму права ЕУ које се назива и комунитарно право вид. у домаћој теорији, Радован Вука-
диновић, „Појам и место права Европске уније у правном систему држава чланица“, *Ревизија
за европско право*, бр. 1/1999, 9.

2 Према неким подацима, прописи се налазе на око 150.000 страница и у око 30.000 документа
(аката). Вид. Радован Вукадиновић, Јелена Вукадиновић Марковић, *Увод у институције и
право Европске уније*, Крагујевац, 2016, 23, 135.

3 Р. Вукадиновић, Ј. Вукадиновић Марковић, 8-23.

них права, односно њихових решења која су заједничка свим државама чланицама.⁴

Разлике између права ЕУ и националних права држава чланица настају и из начина примене права ЕУ и средстава која се при томе користе. Наиме, право ЕУ настаје на наднационалном - комунитарном нивоу (у Бриселу, Стразбуру, Луксембургу), али се примењује на националном нивоу у државама чланицама на субјекте који су, првенствено националног карактера. Са друге стране, у праву ЕУ не постоје јединствена или хармонизирана процесна правила, нити посебна правна средства (правни лекови) за њихову примену. Отуда се са правом истиче да се примена права ЕУ остварује „пред органима држава чланица, доношењем управних аката по процедури прописаној у свакој држави“.⁵ Примена права ЕУ пред управним органима Уније и њеним судовима иде само до стадијума извршења одлуке, односно пресуде. У том смислу су одредбе члана 299. Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту: УФЕУ) јасне кад прописују да је принудно извршење уређено правилима грађанског поступка оне државе чланице на чијој територији се спроводи извршење. Ради превазилажења овог системског недостатка који право ЕУ чини незаокруженом целином, Оснивачким уговорима је прописана обавеза „искрене и лојалне сарадње“ националних судова и судова у ЕУ у поступку тумачења у примени комунитарних прописа. При томе је улога институционалног гаранта поверена Суду правде ЕУ, а као механизми чијем коришћењем се то обезбеђује предвиђен је поступак одлучивања по претходном питању или поступак претходног одлучивања. Овим поступком се обезбеђује не само једнообразно тумачење комунитарних прописа, већ се успоставља институционална сарадња националних судова и судова ЕУ, која је еуфимистично названа поступак „сарадње без надређености и подређености“. О правом карактеру наведене сарадње јасно говори обавеза националних судова који суде у последњој инстанци да не могу донети пресуду пре него што добију тумачење Суда правде и што код коначног одлучивања морају поступити по мишљењу Суда правде. У таквој ситуацији се поставља питање да ли се ова врста неједнакости може амортизовати принципом националне процедуралне аутономије. На принцип процедуралне аутономије национални судови се могу позвати у

4 Вид. Радован Вукадиновић (1999), 9.

5 Вид. Боривој Старовић, Поглед на право и остваривање права Економских заједница, *Право, теорија и пракса*, 8-10/1992, стр. 51; Ian Harden, What Future for the Centralized Enforcement of Community Law?, *Current Legal Problems*, 55(2002)1, стр. 500.

примени свих прописа права ЕУ. Међутим, она је особно карактеристична за примену ЕУ правила о заштити конкуренције. Из тих разлога је рад подељен у два дела. У првом делу је дат појам и указано на значај принципа, док је у другом делу анализирана његова примена у предметима који се тичу повреде ЕУ права о заштити конкуренције и критичкој анализи праксе Суда правде.

II Појам и границе принципа процедуралне аутономије

Будући да на нивоу ЕУ не постоји јединствени механизам за примену права ЕУ, на националним правним системима је обавеза да одабере институције, поступак и начела у складу са којима ће ЕУ право бити примењено.⁶ То практично значи да су национални судови слободни да успоставе сопствена правила поступка и одговарајућа правна средства (лекове) којима ће применити ЕУ право.⁷ Ова слобода (надлежност или дискреција)⁸ је, међутим, ограничена обавезом држава чланица да избор надлежних судова и правила о њиховом раду буде у оквиру и у складу са начелом лојалности или искрене сарадње и захтевом да субјективна права буду „у сваком случају делотворна заштићена“.⁹ Појам делотворне заштите подразумева обавезу држава чланица да спрече ситуације у којима би национална процесна правила учинила примену ЕУ права и остваривање субјективних права пред националним судовима немогућим¹⁰ или изузетно тешким.¹¹ Из тих разлога је у пракси примена принципа националне процедуралне аутономије условљена и ограничена различитим захтевима.

6 Catherine Barnard and Steve Peers (eds), *European Union Law*, OUP 2014, стр. 164.

7 Denis Baghrizabehi, *The Current State of National Procedural Autonomy: A Principle in Motion*, *Intereulaweast*, III(2016)1, стр. 13.

8 Бројни аутори предлажу да се енглески израз "procedural autonomy" тумачи као "procedural competence", тј. као процедурална надлежност. Вид. J. Delicopoulos, *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, *ELJ* (2003)9, 599; Paul Graig and de Burca, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, OUP, 2008, стр. 307. предлажу да се ово тумачи као примарна одговорност за национални поступак.

9 Предмет 33/76 *Rewe-Zentralfinanz and Rewe-Zentral* [1976] ECR 1989, тач. 5; предмет C-312/93 *Peterbroeck* [1995] ECR I-4599, тач. 12; предмет C-416/10 *Križan and Others* [2013] ECR, тач. 85.

10 Предмет C- 33/76 *Rewe v Landwirtschaftskammer Saarland* [1976] ECR 1989, тачка 5 одлуке и здружене предмете C-31/91 до C-44/91 *Lageder and Others* [1993] ECR I-1761, тач. 27-29.

11 *San Giorgio*, тач. 14; здружени предмети C-6/90 и C-9/90 *Francoovich and Others* [1991] ECR I-5357, тач. 43.

Први услов је да на њу могу позивати националне власти само у случајевима када поступак и правна средства заштите нису одређени у праву ЕУ. У већини случајева таква средства нису предвиђена. Само о мањем броју питања, као што је нпр. признање и извршење страних судских одлука или право конкуренције, на нивоу ЕУ постоје у форми секундарних извора тзв. имплементирајући прописи у којима су предвиђена и правна средства и поступци њихове примене пред националним судовима. Када су ова правила садржана у комунитарним уредбама (енг. *regulations*), њима је практично извршена унификација процесних правила у свим државама чланицама. Пример за то је Уредба 44/2001 (Брисел 1)¹² или Уредба 1346/2000.¹³ Ако су питања правних средстава и поступци предвиђени у комунитарним упутствима, њиховим имплементирањем се врши хармонизација или усклађивање у ту сврху донетих националних законских и подзаконских прописа. У првом случају пред националним судовима и другим управним органима се налазе две групе прописа: над-национални, садржани у уредбама који се, по дефиницији, морају директно примењивати и који производе директно дејство и национални прописи. У другом случају, претпоставка је да су домаћи национални неусклађени прописи замењени новим усклађеним.

ЕУ процесна правила често ствара Суд правде.¹⁴ У ову групу спадају, на пример, правила о праву на тужбу, приступ суду, правној помоћи, застарелости, привременим мерама, службеној примени права ЕУ, правило пресуђене ствари и друга.¹⁵ За разлику од правила која су настала легислативном унификацијом и хармонизацијом коју спроводе органи Уније у областима у којима су на њих државе чланице пренеле потребне надлежности, судску хармонизацију процесних правила врши Суд правде у свим случајевима када то сматра потребним и „функционалним“¹⁶ и без обзира на фазу судског поступка.¹⁷ Национални судови су у обавези

12 Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22.12.2000 on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ [2001] L 12/1, која је од 10. јануара 2015. године замењена са Regulation (EU) No 1215/2012 од 12.12.2012. OJ [2012] No L351/1.

13 Council Regulation (EC) No 1346/2000 od 29.5.2000 о стечајним поступцима OJ [2000] No L 160/1.

14 M. Bobek, 165 говори о „судском пореклу“ ових правила.

15 *Ibidem*.

16 M. Bobek, 166.

17 M. Bobek, „Why There is No Principle of 'Procedural Autonomy' of the Member States“, *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, (eds. H-W Micklitz and B de Witte), Intersentia, 2012.

да спроводе и једне и друге. Отуда се слобода или аутономија не огледају у праву држава чланица да одлуче хоће ли или неће применити право ЕУ, већ у томе како ће то да ураде: на који начин и којим средствима.¹⁸ Суд правде је ову обавезу држава чланица у ширем смислу темељио на одредбама ондашњег члана 5. Уговора о ЕЕЗ и то образложио ставом да су „државе чланице обавезне да предузму све мере опште и посебне како би осигурале извршење обавеза које настају из Уговора, и да одреде који органи у оквиру националног система могу бити овлашћени да усвајају поменуте мере“. Осим тога, „када одредбе Уговора или уредбе додељују права или намећу обавезе државама чланицама у циљу имплементирања комунитарног права, питање како вршити таква овлашћења и испунити такве обавезе може бити поверено државама чланицама да одреде национална тела што је материја уставног система сваке државе чланице“.¹⁹

Други услов за примену процедуралне аутономије се односи на директно дејство. Питање примене ЕУ права пред националним судовима и другим административним органима се може поставити само за оне норме којима је Суд правде признао директно дејство.

Што се тиче граница у којима се може кретати слобода избора, Суд правде их је одредио у одлуци донетој у предмету *Rewe*.²⁰ У предмету *Rewe*, у питању је био захтев тужиоца да му се врати неосновано наплаћена дажбина за фитосанитарни преглед коју је Суд правде квалификовао као дажбину сличног дејства као царина, чиме је повређено комунитарно право. У поступку који је вођен пред надлежним националним судом, захтев је одбијен са образложењем да је према националном праву застарео. У таквој ситуацији која је квалификована као неусклађеност домаћег (унутрашњег) и комунитарног права, национални суд се обратио Суду правде за одлуку о претходном питању.

У одлуци донетој по захтеву за претходно одлучивање, Суд правде је заузео следећи став који је од значаја за ово разматрање:

„Примењујући начело (искрене) сарадње које је постављено (у члану 4(3) УФЕУ) национални судови су овлашћени да обезбеде правну заштиту ко-

18 М. Bobek, у: С. Barnard and S. Peers, 166. Вид. Мишљење Општег правобраниоца Jacobsa у предмету C-431/93 *Van Schijndel*, тач. 14.

19 Предмет C-51-54/71 *International Fruit Company NV and others v Produktschap voor groenten en fruit*, [1971] ECR 1107.

20 C- 33/76 *Rewe v Landwirtschaftskammer Saarland* [1976] ECR 1989, тач. 5 одлуке; предмет C-199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* [1983] ECR 3595, тач. 12; C-208/90 *Emmott* [1991] ECR I-4269, тач. 16.

ју грађани црпе из директног дејства одредби (ЕУ) права. Према томе, у одсутству (ЕУ) правила о овом предмету, на домаћим правним системима сваке државе чланице је обавеза да одреде надлежни суд и услове поступка који регулишу тужбе којима се обезбеђује заштита права која грађани стичу из директног дејства (ЕУ) права. Подразумева се да такви услови *не могу бити неповољнији* него они који се односе на сличне тужбе домаће природе (истакао аутор). Кад је неопходно, чланови 114-117 и члан 352. УФЕУ, омогућавају да буду предузете одговарајуће мере како би се ублажиле разлике између одредби садржаних у законима, уредбама или административним акцијама држава чланица ако је вероватно да ће извитоперити или штетно утицати на функционисање унутрашњег тржишта. У одсутству таквих мера хармонизације, (субјективна) права која су додељена ЕУ правом морају се извршавати пред националним судовима у складу са условима који су одређени националним правилима²¹.

Из наведеног става недвосмислено су наметнута два услова које морају да задовоље националне мере. Први услов је да националне мере не смеју бити неповољније, него сличне домаће (услов еквиваленције или једнакости у примени). Тако, на пример, рокови застарелости за повраћај неосновано наплаћене ЕУ дажбине не смеју бити краћи него што је рок за повраћај унутрашњег пореза који је у надлежности држава чланица. Други услов је у теорији означен као „делотворност“ или „практична могућност“²² чију садржину чини обавеза власти држава чланица да одреде надлежне судове и одговарајући поступак којим ће обезбедити да субјективних права појединаца која потичу из прва ЕУ буду „делотворно заштићена“. Делотворна заштита подразумева да се планираним поступцима и правним средствима остваривање права не сме учинити немогућим или претерано тешким.²³

Поред еквиваленције и делотворности, који морају бити испуњени кумулативно, за схватање и примену начела процедуралне аутономије потребно је водити рачуна и о „оквиру“ у коме се може спровести. Подразумева се да се принцип националне аутономије може користити само у функцији и у оквиру успостављање унутрашњег тржиште, а у ширем

21 Одлука у предмету C-33/76, тач. 5.

22 P. Craig, De Burca, 307.

23 Вид. Одлуку у здруженим предметима C430&93 i C/431&93 van chijndel and van Veen v SPF[1995] ECR I-4705, таč. 17. Ioanis Lianos, „The Principle of Effectiveness, Competition Law Remedies and the Limits of Adjudication“, *CLES Research Paper Series* 6/2014, August 2014, London. Доступно на: www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series, 16.04.2017.

смислу, ради остваривање и осталих договорених циљева. То практично значи да су национални судови у избору поступака и правних средстава ограничени на она средства која доприносе несметаном или „глатком“ функционисању унутрашњег тржишта. Исто важи и за ЕУ. Чак и у случају искључивих овлашћења, ЕУ их мора користи у границама циљева и задатака због којих су пренета.

III Примена начела процедуралне аутономије у заштити ЕУ права конкуренције

1. Специфичности у примени и заштити ЕУ права конкуренције

Прописи о заштити конкуренције чине значајан и највиталнији део права ЕУ. Правила су садржана у Уговору о функционисању и у бројним изворима секундарног законодавства и могу се груписати према различитим критеријумима. За ова разматрања је од значаја подела према предмету и правној природи или садржини. Према предмету регулисања, разликују се прописи којима се регулишу односи између привредних субјеката на унутрашњем тржишту (који су означени општим појмом предузећа), однос државе према учесницима на тржишту и односи између учесника на тржишту у поступцима концентрација.²⁴ Првом групом правила прописана је забрана закључивања рестриктивних или картелних споразума и санкције у случају да су закључени, и злоупотреба коришћења доминантног положаја на унутрашњем тржишту. Другом групом прописа регулисани су облици дозвољене и недозвољене државне помоћи. Трећом групом су регулисане концентрације са тзв. комунитарном димензијом. Осим што су основна правила о наведеним односима садржана у УФЕУ, правила којима су регулисани наведени односи су садржана у бројним секундарним изворима права ЕУ усвојеним у форми ЕУ уредби, ЕУ упустава и ЕУ одлука. Иако неформални, значајна извор представљају и одлуке Суда правде.

Према правној природи и садржини, ови прописи се могу груписати у оне којима су регулисана тзв. материјалноправна питања и прописе којима су регулисани поступак примене пред надлежним органима и телима. Последња група прописа се у ширем смислу означава као имплементирајући чије су норме по садржини процесноправног карактера. За предмет овог разматрања су од значаја, пре свега, норме процесноправног или имплементирајућег карактера. У генералном смислу, и за њихову

24 Р. Вукадиновић, Ј. Вукадиновић Марковић, 305-308.

примену важе општа правила наведена у првом делу рада: да се могу примењивати само норме и прописи којима је признато директно дејство, и у границама начела еквиваленције и делотворности. Ипак, у њиховом тумачењу и примени мора се поћи од две особености. Прво, највећем броју норми ЕУ права конкуренције је признато директно дејство (и хоризонтално и вертикално). Друго, ова правила се паралелно примењују на два нивоа и пред две врсте органа. Правила о заштити конкуренције се паралелно примењују на ЕУ нивоу, пред Европском комисијом и ЕУ судовима, и на националним нивоу: пред административним органима или независним регулаторним телима, и националним судовима.

Овакав начин примене је учинио поступак веома осетљивим и сложеним, а не „једносмерном улицом“²⁵ и захтевао је посебно регулисање. У почетку је, након ступања на снагу Римског уговора (1958), поступак био регулисан Уредбом број 17, од 1962. године. После више од 40 година примене и стеченог искуства, Уредба бр. 17. је 2003. године замењена новом Уредбом број 172003, о спровођењу правила о конкуренцији у члановима 81. и 82. Уговора о ЕЗ-у.²⁶ Нова Уредба је ступила на снагу првог маја 2004. године.

Као разлози за њено доношење у самој Уредби се наводио потреба за „делотворно и јединствено примењивање чланова 81. и 82. Уговора“. Искуство у примени Уредбе бр 17. показало је да централизовани систем који је Уредбом био одређен није осигурао равнотежу између „делотворног надзора“ и поједностављења поступка. Централизовани систем није омогућавао примену права конкуренције пред судовима и националним регулаторним телима у државама чланицама, док је систем пријава онемогућавао Комисију да усмери своје ресурсе на сузбијање тешких повреда конкуренције.²⁷ Ради превазилажења наведених недостатака, новом Уредбом је признато директно дејство изузетака из члана 81. УЕЗ, чиме су национална регулаторна тела и национални судови стекли надлежност да одлучују и о изузецима. Националним судовима је дата улога „кључна улога“ у спровођењу прописа о заштити конкуренције, на пример у поступцима заштите субјективних права на накнаду штете у којима треба да „допуне улогу тела држава чланица која су надлежна за конкуренци-

25 Rolf Ortlep, Maartje Verhoeven, „The principle of primacy versus the principle of national procedural autonomy“, *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, 2. Доступно на: <http://www.nall.nl/tijdschrift/nall/2012/06/NALL-D-12-00003>.

26 OJ No L 001/1, од 16.12.2002.

27 Вид. Преамбула, рецитал 2. и 3.

ју²⁸. Што се тиче терета доказивања, он је пребачен на онога ко тврди да постоји повреда чланова 81. и 82. УЕЗ (чланови 101. и 102. УФЕУ).

Осим што је децентрализовала процес имплементације и примене ЕУ картелних прописа, Уредба 1/2003 је демонополисала дотадашњи положај Европске комисије. Наиме, до 2004. године и ступања на снагу Уредбе број 1/2003, заштита права конкуренције се одвијала у поступку јавно правне примене коју је спроводила Европска комисија у првом степену по сопственој иницијативи или по захтеву заинтересованих странака, на начин како је то било одређено Уредбом број 17. из 1962. године. Против одлуке Комисије незадовољна страна је могла да уложи жалбу Суду правде, или касније основаном Суду прве инстанце. Изреченим санкцијама су кроз наметање високих новчаних казни или изрицање структурних мера и мера заштите штићени тзв. општи или јавни интереси. Уредба број 1/2003, међутим, подстиче приватно правну примену ЕУ правила о заштити конкуренције и заштиту индивидуалних субјективних права. У том циљу су државе чланице обавезане да омогуће да се пред националним судовима покрену поступци за накнаду штете настале повредом ЕУ права конкуренције, у поступку тзв. приватно правне примене ЕУ права конкуренције.²⁹ У том циљу, Уредба успоставља сложен однос између националних регулаторних тела (у даљем тексту НРГ) и Европске комисије (ЕК), који је у члану 11. Уредбе одређен као обавеза Комисије и националних власти да правила примењују „у тесној сарадњи“ (*in close cooperation*). Комисија је обавезана да телима надлежним за конкуренцију држава чланица доставља примерке најважнијих докумената које је прикупила, а на захтев тих тела и примерке других докумената који су неопходни за доношење одлуке. Национална регулаторна тела су обавезана да писаним путем обавесте Комисију пре, без одлагања или након прве службене радње у поступку, као и да је обавесте пре доношења одлуке. Ако Комисија покрене поступак, надлежним националним телима престаје надлежност за примену чланова 81. и 82. УЕЗ. Ако је национално тело већ покренуло поступак и на њему већ ради, Комисија ће покренути поступак само након консултација са националним телом.³⁰ У случају да је поступак покренут пред другим националним телом, надлежно национално тело или Комисија су овлашћени да одбију захтев против

28 Преамбула, тач. 7.

29 Вид. Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty, 2004 OJ L 101/65, тач. 18.

30 Уредба, чл. 11 (6).

истог споразума, одлуке удружења или договорног равнања, по коме је већ поступало неко друго надлежно тело.³¹ На сличан начин Уредбом је регулисана и сарадња с националним судовима у погледу размене информација. Што се тиче писаних пресуда националних судова, државе чланице су обавезане да Комисији доставе примерака сваке пресуде. Јединствена примена права конкуренције је обезбеђена обавезом националних судова да у предметима о којима је одлучивала Комисија, не могу доносити одлуке супротне одлуци коју је донела Комисија. Национални судови су дужни и да избегавају доношење одлука које би биле у супротности са одлуком коју разматра Комисија у поступку који је покренула. У том циљу, национални суд може да процени да ли је сврсисходно да настави са поступком пред националним судом. И надлежна национална тела о предметима о којима је одлучивала Комисија не могу доносити супротне одлуке.³²

Релевантне одредбе којима су непосредно одређене границе процедуралне аутономије националних регулаторних тела и националних судова су одређене одредбама чланова 5. и 6. Уредбе, који су насловљени као „овлашћења тела за конкуренцију држава чланица“ и „овлашћења националних судова“.

Према одредбама члана 5. надлежна регулаторна тела држава чланица су овлашћена да у појединачним случајевима примењују чланове 81. и 82. УЕЗ, и да у том циљу по службеној дужности или по захтеву доносе одлуке у којима могу:

1. захтевати да се престане са повредом;
2. одредити привремене мере;
3. прихватити обавезу, односно понуђене мере и услове;
4. изрицати казне, дневне или друге казне предвиђене националним прописима.

Ако на основу информација којима располажу нису испуњени услови за изрицање забране, национална регулаторна тела *могу такође да одлуче да не постоји основ за покретање поступка* (истакао Р. В).

Иако се на први поглед чини да су доста јасне, у пракси су наведене одредбе о овлашћењима националних регулаторних тела различито

31 Уредба, чл. 13(2).

32 Уредба, чл. 16.

тумачене, посебно овлашћење НРТ да „одлучују да не постоји основ за покретање поступка“.³³

2. Значај одлуке донете у предмету *Tele 2 Polska*

Полазећи од наведених овлашћења, пољско НРТ је након истраживања и спроведеног испитивања да ли је пољски телекомуникациони оператор *Tele2 Polska sp. zoo* (сада *Netia SA*), злоупотребио доминантни положај, утврдило да не постоји повреда ни националних правила о заштити конкуренције, ни члана 102. УФЕУ.³⁴ У том случају НРТ је према пољским прописима дужно да донесе деклараторну одлуку у којој се наводи да није дошло до повреде правила о заштити конкуренције.³⁵ Што се тиче права ЕУ, према формулацији наведеног члана 5, став 2. Уредбе 1/2003, НРТ у таквим ситуацијама треба да донесу одлуку да „не постоји основ за њихово даље поступање“.

Међутим, у поступцима по жалби, апелациони суд је поништио одлуку НРТ са образложењем да је испитивањем било обухваћено само национално (унутрашње) право, а требало је да истражи и да ли је дошло до повреде правила ЕУ на исти начин као што је то утврдио за националне прописе. „Збуњено таквом одлуком“³⁶ НРТ је покренуло поступак пред Пољским врховним судом који се обратио Суду правде захтевом да одлучи о два претходна питања. Прво, да ли је НРТ овлашћено да донесе одлуку да не постоји повреда члана 102. УФЕУ (негативна одлука), тј. да ли одредбе члана 5. Уредбе 1/2003 спречавају НРТ да донесе такву одлуку. Друго, у случају да нађе да не постоји повреда, да ли НРТ може да донесе одлуку да нема основа за даље поступање по члану 102. УФЕУ. Другачије речно, да ли се одредбе члана 5(2) директно примењују тако да обавезују НРТ да може донети само „одлуке о непостојању основа за тужбу или даље поступање“, чак и када национално право изричито наводи

33 У тексту на енглеском члан 5, став 2. Уредбе гласи: „Where on the basis of the information in their possession the conditions for prohibition are not met they may likewise decide that there are no grounds for action on their part“.

34 *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v Tele2 Polska sp. z o.o.* (сада *Netia SA*) (C-375/09) [2011] OJ C186/4.

35 Вид. Закон о конкуренцији и заштити потрошача (*Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Dz. U. 2005), No.244, 2080, чл. 5, 8.

36 Anne MacGregor, Bogdan Grecic, „EU Antitrust Proceedings and National Competition Authorities: A Leap in the Wrong Direction“, *Int.T.L.R.*, (2012), Доступно на: <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/179822/EU+Law+Regulatory/EU+Antitrust+Proceedings+And+Natio-nal+Competition+Authorities+A+Leap+In+The+Wrong+Direction>, 19.04.2017, 1.

другачије. Тумачећи тражене одредбе, Суд правде је заузео став да су у првом ставу члана 5. Уредбе наведене све мере које могу да доносе национална регулаторна тела, и да међу њима није наведена и тзв. негативна одлука. Из тога је закључио да НРТ није било овлашћено да доноси одлуке о непостојању повреде члана 102. УФЕУ (према ранијој терминологији из Уредбе бр. 17, негативно уверење, (енг. *negative clearance*), већ само да нема основа за њихово даље поступање.³⁷

У погледу другог питања, Суд је одредбе члана 5. Уредбе тумачио тако да спречавају НРТ да донесе одлуку о непримењивању чланова 101. и 102. УФЕУ, и да ово право има искључиво Европска комисија, као и да одредбе става 2. имају директно дејство и онемогућавају примену националног права. У супротном би према схватању Суда била угрожена једнообразна примена ЕУ права конкуренције у државама чланицама. Овакво тумачење је, међутим, у правној теорији схваћено као „озбиљно ограничење овлашћења НРТ“.³⁸

IV Закључак

Одлука Суда правде у предмету *Tele 2 Polska*, као и неке друге одлуке о којима није било речи, показују да Суд правде као „гарант“ јединственог тумачења и примене права ЕУ, није био доследан у обављању овог одговорног задатка. Посебно, по питању креирања нових правних средстава и коришћења постојећих поступака и правних лекова у примени националног права и права ЕУ.

У погледу првог питања, Суд је у почетку сматрао да националне власти држава чланица нису обавезне да креирају нове поступке или правна средства у случају да у националном праву не постоји одговарајући поступак или адекватно правно средство.³⁹ Међутим, већ од одлуке донете у предмету *Factortame I*, Суд је променио схватање и, позивајући се на принцип делотворне заштите, коме је признао примат у односу национална права држава чланица, захтевао да се у примени права ЕУ uvede ново правно средство (привремена мера) која није била позната у на-

37 Тач. 19-30.

38 Alison Jones, Brenda Sufriin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, OUP, 2016, 1013.

39 C- 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH and Rewe-Markt Steffen v. Hauptzollamt Kiel* [1981] ECR 1805, тач. 44. Вид. Paul Craig, De Burca, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, OUP, 2008, 307.

ционалном праву.⁴⁰ У другим случајевима Суд правде је, позивајући се на принцип делотворне заштите, широким тумачењем мењао значење до тада јасних одредби националних права држава чланица, на пример у погледу одговорности држава чланица због повреде права ЕУ.⁴¹ У примени права конкуренције, Суд је захтевао од националних судова да по службеној дужности отворе поступак и покрену правна питања чак то није дозвољено према националном праву.⁴² На крају, Суд правде је обавезао националне управне власти да не примењују раније коначне одлуке за које је касније нашао да су супротне праву ЕУ. У том циљу је од 2004. године у име делотворне судске заштите индивидуалних права, обавезао националне судове да преотворе поступке и по коначним одлукама које су донеле националне управне власти у складу са националним правом. Касније, 2007. године, Суд је важење правила о преотварању протегло и на коначне судске одлуке.⁴³ И по другим питањима, као што су: активна парнична способност, терет доказивања, застарелост, захтев за одлучивање о претходном питању, Суд правде је, без обзира на принцип националне процедуралне аутономије, захтевао од националних судова да оставе по страни националне прописе, и у њима предвиђене поступке и правна средства. Одлука донета у предмету само показује да се национална права и право ЕУ третирају на различите начине. Тако је НРТ овлашћено да донесе позитивну одлуку (о постојању повреде), али не и негативну одлуку, о непостојању повреде ЕУ права конкуренције. Другачије речено, у примени одредби права ЕУ о злоупотреби доминантног положаја, НРТ није овлашћена да мериторно одлучи да не постоји повреда, већ само „да нема основа за њено даље поступање“ (*there are no grounds for action on their part*). Суд је сматрао да се мериторном негативном одлуком угрожава искључиво овлашћење Комисије да само она може одлучивати о постојању основа за покретање поступка због повреде ЕУ права, те да би се према правилу *ne bis in idem*, тиме угрозила јединствена примена права ЕУ у целој Унији.

40 C-213/89, *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others* [1990] ECR I-2433, тач. 19-23.

41 Вид. Одлуке у предметима C- 60/75, *Carmine Antonio Russo v. Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo* [1976] ECR 45, тач. 9; C-6/90 и C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v. Italian Republic* [1991] ECR I-5357, тач. 33.

42 Вид. М. Bobek, 306.

43 C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato v. Lucchini SpA* [2007] ECR I-6199.

Диференцирани приступ у погледу овлашћења за доношење негативне и позитивне одлуке Суд образлаже очекивањем да ће се, у случају кад је НРТ донело одлуку о постојању повреде и изрекло одговарајућу санкцију или меру из члана 5(1) Уредбе, незадовољна страна жалити надлежном националном суду. Жалбом националном суду се покрене поступак који у крајњој линији води до националног суда последње инстанце, који је обавезан да се обрати Суду правде са захтевом да одлучи о претходном питању. Укључивањем Суда правде у поступак одлучивања обезбеђује се једнообразно тумачење и једнообразна примена, будући да су национални судови дужни да поступе по добијеном тумачењу. Међутим, у случају кад НРТ донесе деклараторну одлуку да не постоји повреда, тј. да нема основа да се примене забране из чланова 101. и 102. УФЕУ, практично нема заинтересованих лица која ће покренути поступак по жалби активирати поступак претходног одлучивања, чиме се тумачење и примена ЕУ права практично завршава у оквиру НРТ.

Radovan D. VUKADINOVIĆ, PhD
Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac

PRINCIPLE OF NATIONAL PROCEDURAL AUTONOMY IN THE IMPLEMENTATION OF EU COMPETITION LAW

Summary

Decision by the Court of Justice of EU brought in the case Tele 2 Polska, showed that the principle of national procedural autonomy must be viewed in light of two types of constraints: internal and external constraints. Internal constraints Court has defined in the decision in Rewe case, and formulated by the requirement that national courts in the application of national procedures and remedies in cases concerning the protection of individual rights for infringement of EU law should take account of the principle of equivalence and effective protection. Their purpose is to provide that the protection of subjective rights do not be excessively difficult or impossible. However, despite these constraints that inherent to the nature of national procedural autonomy, the application of the principle of national procedural autonomy significantly affects the requirement for uniform interpretation of EU law. This requirement stems from the sui generis legal nature of EU law and the fact that EU law creating supranational bodies, and apply the national judicial and administrative authorities of the Mem-

ber States under the internal procedural rules. The decision of the Court of Justice in the case of Tele showed that both internal and external requirements significantly limit the procedural powers of national courts in application of EU law. Thus, their cooperation with the Court of Justice often reduced to act upon the decisions of the Court of Justice which justifies the need for a uniform interpretation of EU law in all Member States.

Key words: *principle of national procedural autonomy, Court of Justice, competition, protection, principle of equivalence and effective protection, legal remedies.*

Др Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ
редовни професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду
члан Ужег преговарачког тима за приступање
Републике Србије Европској унији

ПОСЛОВНЕ КОНЦЕНТРАЦИЈЕ У СВЕТЛУ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ*

Резиме

Правни систем контроле пословних концентрација је двостепен и обухвата фазу нотификације, односно обавезне пријаве планираних трансакција великих вредности и фазу оцене њихове допуштености, уз узимање у обзир различитих критеријума који се односе на привредну и финансијску моћ учесника, структуру тржишта, правне и друге препреке за улазак на тржиште, трендове у понуди и потражњи за релевантне робе и услуге, могућност избора добављача и приступ снабдевању, интересе интермедијалних и коначних потрошача, као и техничко-технолошки и свеобухватни друштвени напредак.

У домаћем праву, легислативним изменама из 2016. године превентивни аспект и фаза нотификације добијају на значају, решењима Уредбе о садржини и начину подношења пријаве концентрације и прецизирањем поступка нарочито у погледу: оцене дозвољености зависно од квалификације веза између учесника у концентрацији и повезаних друштава, трансакција које допуштају подношење пријаве у скраћеном облику као и индикатора који упућују са високим степеном вероватноће на закључак о недозвољености концентрације. У ситуацији значајног легислативног заокрета ка употреби егзатних економетријских инструмената и квантитативних критеријума, у сфери испитивања допуштености пословних концентрација додатно добија на значају правило резона. Дуалним принципом квалификације и оцене, којим се прецизно утврђују унутрашње корелације, а онда и спољне, тржишне везе једног конкурентивног или кооперативног пословног подухвата, да би се затим оцена донела уз уважавање специфичних околности појединачног случаја - право конку-

ренције на терену контроле концентрација чини највише да досегне врховно начело правичности.

Кључне речи: *концентративни пословни подухват, кооперативни пословни подухват, пријава у скраћеном облику, индикатори недопуштености концентрације, мере деконцентрације.*

I Концентрација и конкуренција: повезивање у амбијенту надметања

Конкуренција представља посебно уређен динамички систем у коме пословни субјекти самостално наступају на тржишту руковођени сопственом иницијативом у циљу остварења профитно профилисаног интереса, који када се сусретне са истоврсним тежњама других учесника – међусобне односе нужно одређује као такмичарске. Нема напретка без такмичења, нити фер тржишне утакмице без унапред јасно утврђених правила конкуренције. Чињеница да се више учесника налази са истим циљем на одређеном простору нужно њихове односе чини конкурентским, па их у сваком појединачном случају треба сагледати кроз призму ширег окружења, уз уважавање посебности које се односе на субјекте, место, објекте и циљеве тржишне утакмице. У пословном амбијенту које се брзо и константно мења, привредни субјекти се измењеним спољним околностима прилагођавају формирањем одговарајућих стратегија и организовањем структура којима је заједнички именилац интеграција.¹

Савремене тржишне односе карактерише висок степен концентрације капитала. Концентрација представља израз аутономног права пословних субјеката на повезивање и удруживање, у циљу смањења трошкова пословања, јачања тржишне позиције и оптимизације услова за максимизацију профита. Привредни субјекти, чак независно од своје величине, да би ефикасно обавили сложене пословне подухвате: у циљу обезбеђивања потребних финансијских средстава по повољним условима, потребних кадрова, научних и техничких знања или опреме, услед пословне дислокације или из других разлога – бивају упућени на међусобно повезивање и договор о координираном тржишном наступу.²

* Рад је припремљен у оквиру пројеката бр. 47026 Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС.

1 Шиме Иванко, *Организовање предузећа у тржишној привреди*, Сарајево, 1990, 177.

2 Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012, 301

Повезивање привредних субјеката представља правни модел реализације економске тежње за ефикасним и рационалним пословањем. Облици повезивања могу бити различити, зависно од циљева, карактера, интензитета и трајности успостављених веза. У супстанцијалном смислу, повезивање пословних субјеката се остварује по два правна основа: уговору или капиталној вези, односно по оба истовремено, с тим да су последице истоврсне – правна самосталност се задржава, али фактичка и економска независност је ограничена у погледу обавезе поштовања заједничког циља и договореног начина његовог остваривања, што, по правилу, укључује ограничења у погледу управљања и одлучивања, а израженије је у случају капитал учешћа. Стварањем групе друштава остварује се предност економске концентрације на бази децентрализоване правне и организационе структуре. Осим груписања привредних друштава по уговорној или капиталној основи, повезивање у ужем смислу се остварује путем спајања и преузимања.³

Концентрација означава учешће мање групе субјеката у одређеној економској делатности, која при том остварују значајан удео у тој пословној области.⁴ Концентрација представља процес увећања капитала, обима производње и вредности профита доминантно на акумулационој бази, коришћењем елемената вишка вредности у продуктивне сврхе. Акумулација капитала представља основу за увећање појединачних капитала, односно за концентрацију, чијим каснијим растом је условљена и централизација. Овај процес одвија се и у повратном смеру: растом појединачних капитала и њиховом централизацијом утиче се на повећан степен акумулације.⁵ Концентрацију, међутим, не карактерише само стварање нових капитала, већ и подела старих, из којих се онда развијају одвојени процеси акумулације. Пораст стопе концентрације капитала и све мањи број великих привредних друштава који имају одлучујући утицај на одређеном тржишту условљавају све изразитије испољавање њиховог тржишно-доминантног понашања.

3 За постојање концентрације у ужем смислу потребно је кумулативно испуњење два услова: пораст димензија привредног друштва и корелативно умањење њиховог броја на релевантном тржишту. У ситуацији да оба елемента нису присутна, реч је о концентрацији у ширем смислу, односно о интеграцији.

4 S. R. Reid, *Mergers, Managers and the Economy*, Chicago, 1968, 23.

5 Драгољуб Драгишић, Милован Павловић, Богдан Илић, *Политичка економија*, Београд, 1990, 15.

Концентрација пословних субјеката остварује се по три правна основа: спајањем привредних друштава, стицањем контроле над пословањем другог тржишног учесника (посредне или непосредне) и заједничким улагањем, путем оснивања новог или заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту – који послује на дугорочној основи и има правне одлике и функције независног пословног субјекта. Заједнички пословни подухват садржи три конститутивна елемента: заједнички циљ, контролу у погледу спровођења пословне операције и одређену сталност у погледу њеног временског трајања.

Пословном концентрацијом у домаћем праву се не сматрају трансакције у случајевима ако: банка или друга финансијска организација или друштво за осигурање, у току свог редовног пословања, привремено стекне акције или уделе, ради даље продаје, под условом да их прода најкасније у року од годину дана од дана стицања и да их не користи тако да утиче на пословне одлуке учесника на тржишту у погледу његовог понашања на тржишту; друштво за управљање инвестиционим фондом или инвестициони фонд стекне учешће у учеснику на тржишту, под условом да своја права заснована на том учешћу остварују само ради очувања вредности свог улагања и под условом да не утиче на конкурентско понашање тог учесника на тржишту; заједничко улагање има за циљ координацију тржишних активности између два или више учесника на тржишту који задржавају своју правну независност, при чему се овакво заједничко улагање оцењује са аспекта забране рестриктивног споразумевања; уколико стечајни управник стекне контролу над учесником на тржишту.⁶

Правно ризична последица економски разумљиве трансакције повезивања може бити измењена тржишна структура, нове околности за друге учеснике на релевантном тржишту и повећана опасност од нарушавања, па чак и спречавања ефективне конкуренције. Стога, концентрације потпадају под, превасходно превентивни, аспект контроле и примене правила о заштити конкуренције.⁷ Феномен конкуренције могуће је сагледати са три основна аспекта, с обзиром: на субјекта конкуренције, на садржај конкуренције и на структуру тржишта. Економско значење конкуренције везано је за постојање робне производње, релативно слободно деловање закона вредности и такмичарско понашање тржишних субјеката. Правно схватање конкуренције полази примарно од последица

6 Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/09 и 05/13 (у даљем тексту: Закон), чл. 18.

7 Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2012, 816.

понашања конкурената, односно повезивање конкуренције са слободном тржишном утакмицом сходно функционалистичком приступу.⁸ Комплексност појма конкуренције, биполарност њене природе, ширина односа и разноликост института које обухвата захтевају да се одређење значења и примена различитих инструмената врше зависно од области и сврхе у сваком појединачном случају.⁹

Пословно повезивање производи двоструки ефекат: утиче на унутрашњу структуру пословног субјекта и на његову тржишну позицију и понашање.¹⁰ Повезивање привредних друштава не сме резултирати повредом правила о заштити конкуренције. Са тог аспекта посматрано, највиши степен опасности носе хоризонтална повезивања привредних друштава,¹¹ која обављају истоврсну делатност, нешто мањи вертикално повезана друштва, а ризик је најмањи у случају конгломератских концентрација, када се повезују друштва која обављају различите пословне делатности.

Домаћи правни амбијент у домену контроле пословних концентрација је у високом степену усклађен са правним тековинама Европске уније. Решења Закона о заштити конкуренције, Уредбе о садржини и начину подношења пријаве концентрације¹² и Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта¹³ хармонизирана су са правилима Уредбе о контроли концентрација бр.139/2004.¹⁴

II Пријављивање планиране концентрације

Поступак контроле концентрација привредних друштава се одвија у два корака: најпре нотификације,¹⁵ односно претходног подношења пријаве о планираној концентрацији велике вредности, да би се након извршене анализе и процене антиконкурентног ризика донела одлука о допуштености. У домаћем праву концентрација тржишних учесника се

8 Стеван Шогоров, *Монополистички споразуми у југословенском праву*, Београд, 1989, 43.

9 Милош Трифковић, *Међународно пословно право*, Сарајево, 2001, 466.

10 Горан Петковић, *Интеграције, аквизиције и реструктурирање корпорација*, Нови Сад, 2004, 26.

11 F. Russo, P. S. Maarten, A. Gunster, M. Carree, *European Commission Decisions on Competition*, New York, 2010, 318.

12 *Службени гласник РС*, бр. 5/16, у даљем тексту: Уредба.

13 *Службени гласник РС*, бр. 89/09

14 Council Regulation (EC) No 139/2004 on control of concentrations between undertakings (OJ L 24, 2004)

15 D. Geradin, A. Layne-Farraer, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012, 537.

спроводи по претходно прибављеном одобрењу које издаје Комисија за заштиту конкуренције.¹⁶ Сагласност ће бити ускраћена уколико се процени да би концентрација резултирала значајним нарушавањем конкуренције, а посебно у случају ако се као међутачка на тој каузалној линији јавља јачање, односно стварање доминантног положаја.¹⁷

Пријава концентрације Комисији за заштиту конкуренције се подноси у року од 15 дана од дана: објављивања јавне понуде за преузимање акција, односно јавног позива, или затварања јавне понуде, од дана стицања контроле у другом привредном друштву (односно његовом делу) или закључења уговора о трансакцији, с тим да се пријава може поднети и након потписивања писма о намерама, или објављивањем намере да се учини јавна понуда, односно на други начин који претпоставља исказивање озбиљне намере за закључење споразума.¹⁸ Акт о концентрацији може бити: акт о извршењу или намери извршења статусне промене, акт о стицању или намери стицања непосредне или посредне контроле и акт о спровођењу или намери спровођења заједничког улагања. Пријавном концентрације подносиоци дају детаљан опис намераване трансакције и њених фаза, уз навођење очекиваног рока реализације.¹⁹

Битан елемент пријаве концентрације чини приказ структуре групе, односно листе повезаних учесника у концентрацији²⁰ и повезаних друштава пре спровођења концентрације, из којих се могу утврдити везе између учесника у концентрацији и повезаних друштава, као и удели које матична друштва имају у основном капиталу зависних друштава, односно удели које зависна друштва имају у другим зависним друштвима унутар групе повезаних тржишних учесника.²¹ Пријавом се наводи и паралелни приказ – пре и после спровођења концентрације – структуре влаштва и облика контроле, појединачне или заједничке, учесника у концентрацији над којима се контрола стиче, односно мења њен облик.

Подносилац пријаве обавезан је да наведе предлог дефиниције релевантног тржишта на којем делују учесници концентрације, опис структуре тражње на релевантном тржишту, податке о уласку и изласку са релевантног тржишта (у претходне три године и пројектовано стање у пе-

16 W. Sauter, H. Schepel, *State and Market in European Union Law*, Cambridge, 2009, 43.

17 Закон, чл. 19, ст. 1.

18 Закон, чл. 63, ст. 1. и 2.

19 Обавезни елементи пријаве концентрације предвиђени су чл. 2. Уредбе.

20 S. Davies, B. Lyons, *Mergers and Merger Remedies in the EU*, Cheltenham, 2007, 75.

21 Уредба, чл. 2, ст. 1, тач. 5.

риоду након планиране трансакције). Пријавом су обухваћени подаци о пословању (оствареним годишњим приходима на светском и домаћем тржишту) сваког учесника концентрације у претходне три године, уз процену тржишног удела њих и конкурената чији тржишни удео износи најмање 5% на односном релевантном тржишту у Републици Србији.²² Битни елементи пријаве концентрације односе се и на опис дистрибутивне и малопродајне мреже на релевантном тржишту, информације о највећим добављачима и купцима производа, односно услуга за сваког од учесника концентрације.

Уколико је повећање ефикасности наведено као један од мотива концентрације, у смислу умањења трошкова, смањења цена производа односно услуга, увођења иновативних техника рада и проширења могућности избора и других бенефита који подстицањем конкуренције резултирају коришћу за купца, онда пријава може да садржи опис дејстава трансакције на ефикасност пословања и очекиваних позитивних ефеката за учеснике и купце.²³ Факултативни елемент пријаве може да се односи и на пројектовани ефекат корисности у домену друштвеног значаја истраживања и развоја као сегмента концентрације, при чему се узимају у обзир интензитет и трендови истраживања и развоја на релевантном тржишту, нарочито за учеснике концентрације, правци технолошког развоја за релевантно тржиште (развијање нових производа и услуга, учесталост увођења нових производа и услуга и др.) и планови истраживања учесника концентрације у наредном трогодишњем периоду.

Уредба прописује двадест и два обавезна и два факултативна (која се односе на потенцијалне позитивне ефекте трансакције у погледу значаја истраживања и развоја, са једне, и поваћања ефикасности, са друге стране)²⁴ елемента пријаве концентрације. Уколико Комисија за заштиту конкуренције пријаву оцени непотпуном,²⁵ односно одређене податке нејасним,²⁶ наложиће достављање потребних информација, односно појашњења. Закључак о одбацивању пријаве доноси се у случајевима нечињења затражене допуне непотпуне пријаве, као и пријаве концентрације ко-

22 Уредба, чл. 2, ст. 1, тач. 16.

23 Уредба, чл. 2, ст. 1, тач. 22.

24 Уредба, чл. 2, ст. 1, тач. 20. и 22.

25 Закон, чл. 66, ст. 3.

26 Уредба, чл. 2, ст. 4.

ја не потпада под квалитативне критеријуме који је квалификују као трансакцију велике вредности.²⁷

Значајан економетријски инструмент за утврђивање степена концентрације тржишта који на велика врата (од 2016. године) улази у домаће право конкуренције јесте Херфиндал-Хиршманов индекс,²⁸ као посебна јединица мере у којој одређени број друштава остварује одређен проценат удела на односном тржишту. Херфиндал-Хиршманов индекс се користи као један од индикатора тржишне моћи и постојања конкуренције између пословних субјеката. Концентрисаност тржишта се мери тако што се сабирају квадрати тржишног удела свих учесника на релевантном тржишту. Узима се да је вредност индекса испод 1000 индикатор ниске тржишне концентрације, у распону од 1000 до 1800 је реч о средњем нивоу, а у случају износа већег од 1800 сматраће се да је концентрација односног тржишта висока.

У ситуацијама када објективни показатељи трансакције и тржишног амбијента не указују на антиконкурентски ризик као последицу спровођења концентрације, њена пријава се спроводи у поједностављеном, скраћеном облику, у следеће две ситуације: када учесници концентрације не обављају пословне активности на истом релевантном тржишту производа, односно услуга и географском тржишту, односно није реч о хоризонталној концентрацији и у случају спајања привредних друштава, односно стицања појединачне или заједничке контроле над другим тржишним учесником или његовим делом, које се остварује тако да је: заједнички тржишни удео свих учесника хоризонталне концентрације мањи од 20%; заједнички тржишни удео свих учесника који су у хоризонталном односу је мањи од 40%, а промена Херфиндал-Хиршмановог индекса је мања од 150;²⁹ појединачни или заједнички тржишни удео свих учесника је мањи од 30% на релевантном тржишту производа, односно услуга и на релевантном географском тржишту на којем послује било који други учесник у концентрацији који се налази у различитим фазама производно - прометног циклуса; реч о стицању појединачног права кон-

27 Закон, чл. 61, ст. 1.

28 Т. Sullivan, Н. Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, New York 2003, 815.

29 Промена индекса представља двоструки производ тржишних удела учесника концентрације, односно промену вредности индекса након спровођења концентрације у односу на првобитну вредност.

троле подносиоца пријаве над привредним друштвом над којим већ има заједничку контролу.³⁰

Пријава концентрације неће бити поднета у скраћеном облику, већ уз подношење потпуне документације како би се детаљније испитале све околности случаја,³¹ уколико постоје индиције које са значајним степеном вероватноће указују на висок антиконкуренцијски ризик, односно ако не постоје објективни услови да се његово непостојање претпостави, а односе се на следеће ситуације:³² учесник концентрације тек улази или би потенцијално могао да уђе на релевантно тржиште; реч је о тржишту које настаје, па је потребно најпре дефинисати релевантно тржиште и утврдити тржишна учешћа учесника концентрације; не постоји пракса надлежног органа у домену дефинисања одређеног релевантног тржишта; реч је о високо концентрисаном релевантном тржишту.³³

III Оцена допуштености концентрације

Пословна концентрација може резултирати стварањем или јачањем доминантне позиције која омогућава фактичко лидерство у ситуацији када стварна или потенцијална конкуренција бива нарушена или укинута на значајном делу релевантног тржишта. За концентрације привредних друштава која резултирају тржишним учешћем мањим од 25% постоји иницијална претпоставка да не нарушавају³⁴ ефективну конкуренцију.

У домаћем праву, одлучивање о допуштености пријављене концентрације остварује се на два колосека: у скраћеном поступку и у сложенејем процесном оквиру, по службеној дужности. У случају пријаве концентрације за коју се основано може претпоставити (на основу поднетих доказа и других чињеница, односно околности познатих Комисији за заштиту конкуренције) да испуњава законске услове допуштености, председник Комисије доноси решење у скраћеном поступку, без спровођења испитног поступка, у року од месец дана од дана пријема потпуне пријаве концентрације, чијим истеком у случају недоношења решења бива конституисана позитивна правна претпоставка одобравања трансакције. У ситуацијама: када се током поступања по пријави концентрације, или на основу сазнања Комисије о спровођењу непријављене концентрације,

30 Уредба, чл. 6.

31 Пријава концентрације се у овом случају врши у складу са чл. 2. Уредбе.

32 Уредба, чл. 8, ст. 2.

33 XX индекс је једнак или изнад вредности од 2000, а промена је једнака или већа од 150.

34 M. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies*, Cambridge, 2003, 206.

или у случају неодобрене концентрације - утврди да се ради о значајном тржишном уделу учесника на тржишту Републике Србије изнад 40% или о потенцијалној опасности по нарушавање конкуренције консеквентно концентрацији, о чему терет доказивања сноси Комисија – поступак се спроводи, односно наставља по службеној дужности, уз обавезу окончања у року од четири месеца.

Процена антиконкуренијског ризика врши се кроз појединачну анализу и узимање у обзир специфичних околности сваког пословног случаја. Постоје два основна метода оцене (не)допуштености случајева концентрације. Први, доминантно заступљен, субјективно-индуктиван начин полази од самог понашања привредног субјекта које се анализира са циљног и последичног аспекта и као издвојен случај подвргава примени прописа о заштити конкуренције. Други, објективно-дедуктиван метод подразумева анализу структуре одређеног тржишта (производног, односно услужног или географског), када се случај концентрације иницијално процењује сходно вредностима тржишних удела.

Приликом оцењивања последица планиране концентрације на тржишну конкуренцију, првенствено кроз стицање или јачање доминантног положаја, узимају се у обзир као битни следећи критеријуми: тржишна, економска и финансијска моћ учесника концентрације, структура релевантног тржишта, стварни и потенцијални конкуренти, ниво конкурентности учесника концентрације, препреке за улазак на релевантно тржиште, трендови понуде и потражње односне робе или услуга, могућности избора добављача и корисника, трендови економског и техничког развоја и интереси потрошача.³⁵

Када је реч о показатељима који се анализирају приликом доношења оцене о нарушавању конкуренције као последице кооперативног заједничког подухвата, иде се у правцу њихове чвршће економске утемељености и мање формалистичког приступа, а односе се на: број и реалну економску моћ учесника на релевантом тржишту, специфична обележја генезе раста њихове пословне снаге, економску моћ учесника самог *joint venture* посла,³⁶ евентуални претходни конкурентски однос, капацитет сваког од учесника да иступа самостално према конкурентима, пословни амбијент у којем је креиран заједнички подухват, мотиве и објективне

35 Закон, чл. 19, ст. 2; Уредба о контроли концентрација, бр. 139/2004, чл. 2.

36 R. H. Folsom, M. W. Gordon, J. A. Spanogle, *International Business Transactions*, St.Paul, Minn, 2001, 766.

показатеље економске оправданости за његово стварање, пројектовану снага и утицај заједничког наступања на релевантном тржишту и друге показатеље индикативне за процену ризика који може настати по нарушавању конкуренције.

Допуштеном се сматра концентрација која не резултира у значајној мери ограничавањем или нарушавањем конкуренције, односно њеним спречавањем на односном релевантном тржишту. Посебан степен пажње уживају ситуације када је услед стварања или јачања доминантног положаја, који индивидуално или појединачно имају учесници концентрације, дошло до нарушавања конкуренције на домаћем тржишту, односно његовом делу.³⁷

IV Непријављене концентрације

Пријава концентрације одређене вредности, односно значаја, представља законску обавезу њених учесника и стога пропуштање нотификације значи кршење правила конкуренције, независно од саме природе трансакције и да ли она испуњава услове за одобрење или не. Уколико тржишни учесник, односно учесници, не испуне законску обавезу благовремене нотификације концентрације велике вредности, односно оне која се спроводи путем понуде за преузимање акција, могућа су два правца даљег развоја правне ситуације. Уколико странка сама пријави концентрацију пре него што је Комисија предузела било коју радњу у односном предмету, реч је о закаснелој пријави концентрације за коју се изриче санкција у виду мере процесног пенала. При томе, посебно се узима у обзир околност да је странка самостално учинила пријаву концентрације, односно позитивно профилисаног субјективног елемента, уз оцену да ли је закашњење у пријави концентрације учињено први пут. Могуће је да странци буде наложена мера *restitutio in integrum* пре спровођења концентрације, а да потом буде одлучено о давању,³⁸ условном давању или ускраћивању сагласности за њено спровођење. Уколико је реализована непријављена концентрација нарушила конкуренцију, осим мере заштите конкуренције може се изрећи обавеза примене структурне мере или поништавање концентрације.

37 Закон, чл. 19, ст. 1.

38 Тако је поступљено, и без изрицања новчане казне, у случају *Skanska/Scancem*, Case IV/M.1157, European Commission, (1999) OJ L 183/01.

Уколико Комисија стекне сазнање о реализацији концентрације која није пријављена, покренуће поступак по службеној дужности и, зависно од допуштености трансакције са становишта заштите конкуренције, могућа су два исхода. Уколико се донесе одлука о давању сагласности за спровођење концентрације, странци ће бити изречен и процесни пенал због непоштовања обавезе нотификације. У односу на истоврсност санкције у виду процесног пенала за случајеве закаснеле и непријављене концентрације која је допуштена, разлика у квалификацији јавља се у погледу субјективног елемента учињене, мада закаснеле, пријаве од стране странке, који се узима као олакшавајућа околност. Са друге стране, у случају да се одлучи у смислу забране концентрације, услед њеног антиконкурентног ефекта, изриче се мера заштите конкуренције, до чијег је нарушавања дошло; процесни пенал се у овом случају не утврђује, јер би то значило двоструко санкционисање за понашање у истој правној ствари.

Посебну ситуацију представља спровођење пријављене концентрације пре него што је донета одлука о њеној допуштености, за коју је предвиђено изрицање мере заштите конкуренције. Остаје отворена дилема о адекватности решења да се санкција по основу мере заштите конкуренције утврђује у случају реализације концентрације пре него што је о њеној пријави позитивно одлучено у односу на случај када је привредни субјекат пропустио да трансакцију уопште пријави, па се, након што је поступак покренут по службеној дужности и донета позитивна одлука, изриче мера процесног пенала. У квалитативном смислу реч је о санкцији нижег степена у ситуацији када странка нотификацију концентрације није учинила у односу на ону када није застала са пословним поступањем након што је трансакцију уредно пријавила. У квантитативном смислу, међутим, вредност санкције не мора бити виша у случају мере заштите конкуренције него процесног пенала, с обзиром да је у оба случаја горња граница утврђена у износу од 10% оствареног укупног годишњег прихода односног тржишног учесника.

V Уместо закључка

Ради ефикаснијег пословања, успешнијег тржишног наступа и оптимизације профитног резултата рада уз могућност очувања правне самосталности, пословни субјекти ступају у различите видове повезивања, удруживања и груписања. Полазећи у појединачном случају од специфичних карактеристика пословања, опште разлоге због којих се концентрација показује као оптимални стратешки искорак треба тражити у до-

мену максимизације профита и организационог преструктурирања. Пословним субјектима се објективно намећу императиви сталног раста и јачања конкурентске способности на тржишту, који су по правилу комбиновани, па готово увек у позадини одлуке о повезивању латентно стоји идеја о порасту тржишног удела, која се даље развија у правцу доминације на одређеном тржишту.

Анализа правног односа пословне концентрације, доминантног тржишног положаја и његове злоупотребе, која означава повреду ефективне конкуренције, води ка институту условне концентрације као компромисном решењу између ризика који собом носи увећање тржишне моћи, са једне, и разлога пословне оправданости, односно заштите слободе удруживања субјеката, са друге стране.

У ситуацији када Комисија за заштиту конкуренције оцени да нису испуњени услови за одобрење концентрације, подносиоца пријаве обавештава о битним чињеницама, доказима и другим елементима на којима ће засновати решење, са позивом да се о тим околностима изјасни. Подносилац пријаве након тога може предложити Комисији посебне услове које би прихватио и мере које је спреман да спроведе како би анулирао антикомпетитивну опасност³⁹ за коју је Комисија проценила да постоји и добио сагласност за реализацију планиране концентрације. Условно одобрена концентрација је одлука Комисије у случају када је оценила да би предложени посебни услови пословног понашања и правне мере анулирали претходно констатовану опасност по нарушавање конкуренције консеквентно спроведеној концентрацији. Решењем Комисије о условном одобрењу концентрације утврђују се посебни услови и обавезе тржишних учесника, рокови за њихово извршење и начин контроле над испуњењем договорених мера. У случају неиспуњење услова и обавеза које су договорене у предмету условног одобрења концентрације, као и у ситуацији да Комисија утврди спровођење концентрације без издатог одобрења, могу бити изречене мере које за циљ имају успостављање или очување конкуренцијеске равнотеже на релевантном тржишту. Предмет ових мера може бити подела привредног друштва, отуђење акција или удела, раскид пословног уговора или предузимање других мера које ће резултирати успостављањем правног стања пре него што је концентрација спроведена.⁴⁰

39 A. Ezrachi, *EU Competition Law*, Portland, 2010, 316.

40 Мере деконцентрације се утврђују решењем, уз прецизирање рока и посебних услова испуњења налога Комисије.

Применом правила права конкуренције на концентрацију привредних друштава узима се у обзир конкретно понашање субјеката, које је могуће проценити само узимајући у обзир специфичне околности одређеног тржишта и његове структуре. Свака трансакција мора бити оцењена у ширем економском контексту и у светлу посебних тржишних односа, при чему се узима у обзир не само њено непосредно дејство, већ и потенцијални ефекти.

У домаћем праву се недопуштеним сматрају концентрације које услед стварања или јачања доминантног тржишног положаја за последицу имају повреду ефективне конкуренције. Постоје три основна корективна фактора у поступку одлучивања о ефектима пословне концентрације у ситуацији када се оцени да је присутан антикомпетитивни ризик. Први је принцип *de minimis*,⁴¹ као правило квантитативног израза које налаже толеранцију према одређеним понашањима привредних субјеката којима се угрожава или нарушава принцип слободне конкуренције, а услед околности да је последична повреда конкуренцијске равнотеже незнатна. Други је временски критеријум, сходно коме се тржишна доминација као последица концентрације дефинише као динамички процес, па се претпоставља да доминација за коју се процени да неће дуго трајати не представља значајнију опасност за остваривање конкуренције. Треће, најважније правило које се јавља као корективан принцип за доношење одлуке о недопуштености пословне концентрације јесте правило резона. Уколико се и након примене *de minimis* теста утврди да концентрација није малог значаја и да садржи антиконкурентски ризик, могуће је да су позитивни ефекти трансакције у тој мери значајни да ће бити допуштена њена реализација, уз појачан и дуготрајан надзор. Правило резона представља процену прокомпетитивног и антикомпетитивног дејства једне пословне концентрације и њихово поређење у смислу позитивних дејстава и штетних последица, које резултира оценом о допуштености концентрације.

У домену контроле пословних концентрација са аспекта њиховог антиконкурентског ризика, материјална правила домаћег права су готово у потпуности усклађена са члановима 101. и 102. Уговора о функционисању Европске уније и Уредбом о контроли концентрација. У наред-

41 *De minimis non curat lex.*

ном периоду,⁴² у оквиру процеса приступања Републике Србије Европској унији и Поглавља 8 које се односи на политику конкуренције, очекује се усклађивање подзаконских аката са одређеним смерницама и саопштењима Европске комисије, пре свега у домену секторских политика (транспорт, осигурање, пољопривреда). У погледу процесних правила, првенствено овлашћења Комисије за заштиту конкуренције, постоји висок степен усклађености са решењима права Европске уније.⁴³

У ситуацији значајног легислативног заокрета у домаћем праву (од 2016. године, решењима Уредбе о садржини и начину подношења пријаве концентрације) ка употреби егзатних економетријских инструмената и квантитативних критеријума, правило резона у сфери испитивања допуштености пословних концентрација додатно добија на значају Дуалним принципом квалификације и оцене, којим се прецизно утврђују најпре унутрашње корелације, а онда и спољне, тржишне везе једног централног или кооперативног пословног подухвата, да би се затим оцена донела уз уважавање различитих ефеката и специфичних околности појединачног случаја - домаће право конкуренције на терену контроле концентрација ствара чврсте темеље да досегне тачку правности као најсигурнијег исходишта и овог сложеног правног алгорита.

Sanja DENKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

BUSINESS CONCENTRATION IN THE LIGHT OF COMPETITION LAW

Summary

Concentration legal system of concentration of business consists of two levels and comprises notification phase, i.e. obligatory report of planned transactions of high values and a phase of estimation of their permissibility taking into account of various criteria, relating to economy and financial might of participants, market structure, law and other obstacles to entrance to market,

42 Отварање приступних преговора о политици конкуренције условљено је испуњењем шест мерила утврђених од стране Европске комисије Извештајем о скринингу из 2016 године, свих из подобласти државне помоћи.

43 Council Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ L 1, 2003).

trends in offer and demand for relevant goods and services, possibility of choice of suppliers, as well as approach to procurement, intermediary and final consumers interests, technology and technical and, as well as all inclusive social improvement.

At domestic law, by legislative amendments of 2016 preventive aspect and notification phase gets on importance, solutions of order on content and a way of report of concentration submission as well, as by making of precise especially in respect of procedure of estimation of permissibility of connections of participants in concentration and connected associations, concentration of transactions, which allow submission of reports in shortened form, as well as indicators, which refer to significant level of probability, which refer to impermissibility of concentration. In a situation of significant legislative turning point to usage of exact econometric instruments and quantitative criteria in the phase of research of permissible business concentrations it additionally gains in rule of ratio. By dual principle of qualification and estimation by which it is being determined internal correlation and then in other side, as well market connections of one concentrational and cooperative business undertaking in order to come to an estimation to be passed, with recognition of specific circumstances of a single case-concentration in law field control of concentration whose makes utmost to reach an utmost rule of just of legal equity.

Key words: *concentration business undertaking, cooperative business undertaking, report in a shortened form, indicators of non permissibility of concentration, deconcentration measures.*

Др *Ивана РАКИЋ*
научни сарадник
Комисија за заштиту конкуренције, Београд*

УЛОГА АРБИТРАЖЕ У ПОСТУПЦИМА КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА – ПРАКСА ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ

Резиме

Аутор анализира улогу арбитраже у поступцима контроле концентрација у ЕУ и указује на праксу Европске комисије, узимајући у обзир спровођење мера понашања одређених у одлукама Европске комисије којима се условно одобравају концентрације. Аутор указује на то да арбитража може да буде ефикасна адјудикација приликом надзора понашања учесника у концентрацији која је условно одобрена, а у вези са праћењем извршавања обавеза које морају да се испуне у складу са одлуком којом се одобрава спровођење концентрације.

Кључне речи: *арбитражна клаузула, арбитрабилност, арбитража, контрола концентрација, право конкуренције, ЕУ.*

I Арбитрабилност спорова из права конкуренције

Након вишедеценијске расправе у вези са подобношћу спорова из права конкуренције за арбитражу, у земљама које имају савремене прописе о заштити конкуренције и (међународној) арбитражи, укључујући Европску унију, арбитрабилност ових спорова неспорно је потврђена. У ЕУ је арбитрабилност спорова из права конкуренције била призната и током 20. века, али је у поступцима контроле концентрација изричито уређена тек 2008. године, иако је у пракси призната од 1992. године.

* Аутор је спољни сарадник Института за упоредно право у Београду. Ставови изнесени у раду лични су ставови аутора и не одражавају нужно ставове Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије.

На јачање улоге арбитраже у праву конкуренције ЕУ нарочито је утицала „модернизација“ права конкуренције ЕУ, извршена 1. маја 2004. године, усвајањем неколико прописа о заштити конкуренције (тзв. пакета прописа, у којима се арбитража иначе није спомињала), када је и нових десет земаља чланица приступило ЕУ.¹ Отуда се питање арбитрабилности спорова из права конкуренције више не поставља, а разумевање улоге арбитраже у примени права конкуренције се сматра неопходним за приватно спровођење права конкуренције (енг. *private enforcement*), у складу са све већим значајем приватноправне заштите конкуренције, посебно у ЕУ.

Основни разлог због којег је арбитрабилност спорова из права конкуренције била предмет спорења у литератури и у пракси јесте управо посебна природа (улога) права конкуренције, односно примарно јавни карактер спровођења права конкуренције (*public enforcement*). Право конкуренције ЕУ се првенствено схватало као део јавног права, чијом применом се остварују јавни циљеви (тј. успостављање и функционисање јединственог тржишта ЕУ) и за чије спровођење су задужени јавни или административни органи ЕУ (конкретно, Европска комисија).² Због тога је било супротстављања увођењу арбитраже у право конкуренције, јер је то, по дефиницији, представљало алтернативу државној адјудикацији (судовању), тј. приватан начин решавања спорова из права конкуренције.

-
- 1 Више о утицају модернизације права конкуренције ЕУ на јачање улоге арбитраже у поступцима заштите конкуренције у ЕУ вид. Phillip Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2006, 5 и даље; Maurits Dolmans, Jacob Grierson, „Arbitration and Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities“, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, бр. 2/2003, 37 и даље; Diederik De Groot, „Arbitration and the Modernisation of EC Competition Law“, *European Business Law Review*, Vol. 19, бр. 1/2008, 175 и даље; Assimakis P. Komninos, „Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement“, *World Competition*, Vol. 24, бр. 2/2001, 211 и даље; Јелена Вукадиновић, *Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом*, докторска дисертација, Београд, 2016, 214 и даље.
- 2 Вид. P. Landolt (2006), 22 и даље; Радован Д. Вукадиновић, „Нека претходна питања у вези захтева за накнаду штете због повреде картелних прописа у праву ЕУ“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2013, 52 и даље.

је,³ а с обзиром на то да се арбитража може уговорити за решавање имовинских спорова о правима којима странке слободно располажу.⁴

Међутим, имајући у виду потребу заштите приватних и појединачних интереса, односно оштећених физичких лица и учесника на тржишту (укључујући потрошаче), постало је јасно да треба посветити већу пажњу улози арбитраже у поступцима заштите конкуренције. Сматрало се да арбитража може допринети ефикасној заштити ових интереса, с обзиром на комерцијални значај арбитраже и њене бројне предности (нпр. брзина и једноставност поступка, могућност избора арбитра и места арбитраже, нејавност поступка, нижи трошкови арбитраже, специјализовани арбитражи, лакше признање и извршење арбитражних одлука, и др.).⁵

У ЕУ, арбитрабилност спорова из права конкуренције у пракси је призната одлуком Суда правде (некада Европског суда правде) у предмету *Eco Swiss*, којом је посредно потврђено да арбитражи могу да примењују право конкуренције ЕУ и на тај начин одлучују у споровима из права конкуренције.⁶ У овом предмету, Суд се није противио арбитрабилности конкретног спора (који је био у вези са применом права ЕУ), већ је истакао да су национални судови, који су надлежни за контролу и преиспитивање арбитражних одлука, дужни да испитају да ли повреда правила ЕУ о конкуренцији представља повреду јавног поретка и да се, кад то сматрају потребним, обратe Суду правде са захтевом да он о томе донесе прелиминарну одлуку.⁷ Суд је, дакле, сматрао да су правила ЕУ о конкуренцији

3 Слично и Laurence Idot, „The Role of Arbitration in Competition Disputes“, *The Reform of EC Competition Law: New Challenges* (ed. I. Kokkoris), Kluwer, 2009, 76.

4 Арбитрабилни спорови су спорови о којима се странке могу споразумети или поравнати, односно спорови у којима странке могу слободно располагати правима, а који не спадају у искључиву надлежност судова. Вид. Јелена Вукадиновић, „Појам арбитрабилности у арбитражним правима Србије и Хрватске“, *Актуелна питања савременог законодавства: зборник радова са Саветовања правника* (ур. Слободан Перовић), Будва, 2012, 3-4.

5 Вид. Phillip Landolt, „Arbitration Clauses and Competition Law“, *EU and US Antitrust Arbitration - A Handbook for Practitioners*, Volume 1, Kluwer Law International, 2011, 74-75; Gordon Blanke, „The Role of EC Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer“, *European Business Law Review*, Vol. 16, бр. 1/2005, 169 и даље.

6 Вид. C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV* [1999] ECR I-3055.

7 Више о овом предмету вид. Радован Д. Вукадиновић, „Коментар одлуке Суда правде у предмету 126/97, *Eco Swiss v Benetton* [1999] ECR I-3055“, *Ревизија за европско право*, Vol. 8, бр. 1/2006, 91 и даље; Marianela López-Galdos, „Arbitration and Competition Law: Integrating Europe Through Arbitration“, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, 7, 385-386; Roberto Cisotta, „Some considerations on arbitrability of competition law disputes and powers and duties of arbitrators in applying EU competition law“, in *Litigation and Arbitration in EU Compe-*

део јавног поретка земаља чланица ЕУ и да повреда јавног поретка, услед непоштовања правила ЕУ о конкуренцији, представља основ за поништај арбитражне одлуке, у складу са Њујоршком конвенцијом о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука.

II Арбитража и контрола концентрација

У поступцима контроле концентрација, уговарање арбитраже се користи приликом условног одобравања концентрација, и то у оквиру контроле, односно праћења извршења услова за одобрење концентрација постављених у облику мера понашања. Сматра се да арбитража на овај начин представља гаранцију правилног извршења предвиђених услова за одобрење концентрације и последично очувања конкуренције на тржишту након одобрења концентрације, јер се од учесника у концентрацији тражи да решавање сваког спора (између стицаоца контроле и његових конкурената или других учесника на тржишту) који би настао у вези са извршењем постављених услова (мера понашања) буде поверено арбитражи, у складу са условима предвиђеним у одлуци којом се одобрава концентрација. Арбитража доприноси делотворном надгледању спровођења мера, а тиме и увећавању ефеката тих мера.

Карактеристичан пример коришћења арбитраже у контроли концентрација који се наводи у литератури јесте предмет *Südzucker*, у којем је условно одобрено преузимање контроле над француским друштвом „Saint Louis Sucre“ S.A. (другим највећим произвођачем шећера у Француској), од стране друштва „Südzucker“, једног од највећих произвођача шећера на светском тржишту. Као једна од мера понашања, друштву „Südzucker“ је наметнута обавеза да годишње прода 90.000 тона шећера неком од конкурената (другом произвођачу шећера) или другом независном учеснику на тржишту на југу Немачке. Да би се осигурало спровођење ове мере, друштво „Südzucker“ је морало да закључи оквирни споразум у којем би се налазила арбитражна клаузула, којом се арбитражном суду поверава решавање свих будућих спорова који могу настати из правних односа са конкурентом поводом спровођења предвиђене мере понашања, нарочито у погледу одређивања цене шећера.⁸ Арбитража је, дакле, била предвиђена за случај спора између друштва „Südzucker“ и

tition Law (ed. Mel Marquis, Roberto Cisotta), 2015, 243 и даље; Giacomo Biagioni, „Review by national courts of arbitral awards dealing with EU competition law“, *Litigation and Arbitration in EU Competition Law* (ed. Mel Marquis, Roberto Cisotta), 2015, 281 и даље.

8 Вид. Одлука од 20. децембра 2001, бр. М.2530 – Südzucker / Saint Louis Sucre.

конкурента (или других учесника на тржишту) поводом неслагања око цене шећера или других услова у вези са конкретним уговором о продаји и испоруци шећера закљученим поводом извршења предвиђене мере по-нашања.

1. Условно одобрење концентрација

У складу са Уредбом Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту из 2004. године, Европска комисија може условно да одобри концентрацију, прописивањем додатних услова и обавеза (*remedies*), тј. корективних мера које учесници у концентрацији морају у утврђеним роковима да изврше пре или после спровођења концентрације.⁹ Концентрација се може условно одобрити када изазива сумњу да ће нарушити конкуренцију, па су учесници у концентрацији спремни да предузму одређене мере како би изменили околности под којима се она реализује, у циљу отклањања постојећих сумњи, односно смањења њихове тржишне моћи и успостављања конкурентских услова на тржишту који би иначе били погоршани спровођењем концентрације.¹⁰ Сврха ових мера је, дакле, очување конкурентске структуре на тржишту, односно спречавање могућег нарушавања концентрације. Предузимањем корективних мера требало би да се реши проблем могућег нарушавања конкуренције, па се концентрација може одобрити након што се утврди да су учесници испунили, односно да ће испунити обавезе и услове које су прихватили у постигнутом договору са телом надлежним за заштиту конкуренције.

У праву ЕУ, посвећује се велика пажња условном одобрењу и мерама које се том приликом могу одредити, тако да је поступак условно одобрења детаљно уређен посебним обавештењем Европске комисије о корективним мерама у складу са Уредбом 139/2004 и Уредбом 802/2004.¹¹

9 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, бр. L. 24/2004.

10 Концентрације које се условно одобравају могу се означити као *спорне концентрације*, односно као оне концентрације код којих је уочено да би могле нарушити конкуренцију, али не у толикој мери да се морају апсолутно забранити. Вид. Dubravka Akšamović, „Правни режим за концентрације poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 2/2008, 1042-1043.

11 Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 – Обавештење о корективним мерама, *OJ*, бр. C. 267/2008.

Према Обавештењу о корективним мерама, Европска комисија може прихватити предложене мере и условно одобрити концентрацију само ако сматра да се предложеним мерама у потпуности, трајно и у кратком року може спречити значајно нарушавање конкуренције, која би иначе била нарушена без спровођења тих мера.

Уобичајена подела корективних мера јесте подела на структурне мере (*structural remedies*) и мере понашања (*behavioural remedies*), која је извршена према томе да ли се услови који се постављају учесницима у концентрацији односе на структуру или на понашање учесника у концентрацији. Правила ЕУ изричито не врше ову поделу и не дефинишу врсте корективних мера, већ имају прагматичан приступ, према којем се у Обавештењу о корективним мерама само описно набрајају мере које Европска комисија може да одреди. Овакав приступ је разумљив, с обзиром на то да и у литератури постоји терминолошка неуједначеност, и да разлика између наведених мера није увек јасна, пошто се неке мере, с обзиром на њихову природу, могу сврстати у обе категорије.¹²

Имајући у виду да је сврха корективних мера очување конкурентске структуре на тржишту, Европска комисија сматра да су структурне мере прикладније и ефикасније у решавању ученог потенцијалног проблема нарушавања конкуренције. Предност се даје структурним мерама, јер оне не захтевају континуирани надзор над спровођењем мера и њима се по правилу трајно решава проблем. Ипак, овакав приступ се не сме уско тумачити, што значи да Европска комисија прихвата спровођење мера понашања уколико није могуће или није неопходно спровођење структурних мера. Европска комисија у сваком конкретном случају разматра предложене мере и усваја оне мере за које сматра да ће најефикасније решити проблем могућег нарушавања конкуренције.¹³

12 Вид. Jasminka Pecotic Kaufman, Dubravka Akšamović, Ana Pošćić, „Strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracije u europskom i hrvatskom pravu tržišnoga natjecanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 2/2010, 979-980; Душан Поповић, „Условно одобравање концентрација у тзв. новим индустријама“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2008, 707.

13 Пресудом Општег суда (некада Првостепеног суда) у предмету *Gencor / Lonrho* (CFI, 25 March 1999, *Gencor v. Commission* [1999] ECR II-753), Европска комисија је обавезана да поступа на наведени начин, тј. да мере понашања одређује у истој мери као и структурне мере, кад код је то могуће.

2. Мере понашања

Мере којима се утиче на понашање учесника у концентрацији предузимају се када постоје проблеми у вези са проналажењем (одговарајућег) купца у случају структурних мера, ако се покаже да концентрација не би била одобрена чак и када би се спровеле структурне мере, с обзиром на то да се тиме не решава проблем нарушавања конкуренције, или ако се утврди да су мере понашања повољније за учеснике у концентрацији од структурних мера и да се њима постиже исти циљ, у складу са начелом сразмерности. Мерама понашања се не утиче директно на структуру учесника у концентрацији ни на структуру тржишта, већ се њима прописује начин на који учесници у концентрацији морају да се понашају (послују) или начин на који убудуће не смеју да се понашају: постављају се захтеви за одређеним понашањем тако што се прописује обавезно поступање учесника у концентрацији у одређеном року.¹⁴

Мере понашања се сматрају нарочито прихватљивим у случају вертикалних концентрација, а најчешће се одређују у сектору телекомуникација, високих технологија, енергетском сектору, медијском сектору, финансијском сектору и др.¹⁵ У тзв. новим индустријама (нпр. интернет, мобилна телефонија, телевизијска и музичка продукција), мере понашања су изузетно важне, будући да се структурне мере у том случају сматрају неприкладним због опасности од вертикалног затварања тржишта и због тога што такве мере могу постати превазиђене услед технолошког напретка који је карактеристичан за нове индустрије и убрзани развој овог сектора.¹⁶

У највећем броју случајева, мере понашања се односе на омогућавање приступа трећих лица кључној инфраструктури, мрежама или кључној технологији, укључујући патенте, *know how* или друга права ин-

14 Неке од мера понашања могу посредно утицати и на структуру тржишта, због чега подела између структурних мера и мера понашања често није јасна. Зато се неке мере понашања сврставају у квазиструктурне мере, а неке сложене структурне мере, које укључују и поједине мере понашања, одређују као се мешовите или хибридне мере. Вид. Д. Поповић, 709; Д. Акшамовић, 1057.

15 Вид. Mladen Cerovac, „Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika: mjere koje mogu propisati antimonopolna tijela“, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb, 2002, доступно на адреси: http://www.aztn.hr/uploads/documents/o_nama/strucni_clanci/mladen_cerovac/9_mc.pdf, 12. април 2017, 13, фн. 46.

16 Вид. Д. Поповић, 711-713; Dušan Popović, „Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment“, *European Business Organization Law Review*, бр. 4/2009, 583-584.

телектуалне својине. На тај начин се под истим условима и на транспарентан начин отвара тржиште и уклањају баријере уласку, чиме се олакшава улазак на тржиште нових учесника. Код вертикалних концентрација, посебно су значајне мере које налажу раскид или измену ексклузивних вертикалних уговора којима се ограничава приступ инпутима или приступ купцима и тиме онемогућава или отежава улазак на тржиште новим конкурентима.

У сектору телекомуникација и медија, најчешће се омогућава коришћење комуникационих мрежа и електронске инфраструктуре и повезане опреме, а у енергетском сектору се омогућава приступ капацитетима енергетских објеката.¹⁷ У ваздушном саобраћају, авиокомпанијама се нпр. одређују мере праћења понашања, које обухватају одустајање од одређеног броја дозвола за слетање (слотова), обавезу закључивања споразума о комерцијалној сарадњи (*interlining* и *code share* споразуми), смањење броја летова и др. Мерама које се односе на уступање права интелектуалне својине, учесницима у концентрацији се налаже да одустану од искључивих права која имају на основу интелектуалне својине и да их уступе трећим лицима (нпр. путем принудне лиценце у фармацеутској индустрији или омогућавањем приступа протоколима и опреми у сектору пружања медицинских услуга).

3. Арбитража и надзор над спровођењем мера понашања

Приликом условног одобравања концентрације, мере понашања се заправо одређују као мере праћења понашања учесника у концентрацији након њеног спровођења, које се могу одредити само под условом да се њима остварују идентични ефекти као у случају структурних мера.¹⁸ Њихова сврха је да се праћењем понашања задржи одређени степен надзора над понашањем учесника у концентрацији како би се могло право-ремено реаговати на понашање новонасталог учесника, односно на његове пословне одлуке које би биле у супротности са сврхом мера које су одређене.¹⁹

То значи да Европска комисија мора истовремено да утврди могућност надгледања спровођења мера, јер је то неопходан услов за прихватање предложених мера понашања учесника на тржишту. Док струк-

17 Више о корективним мерама у сектору електронских комуникација (телекомуникације, медији, ИТ сектор) вид. D. Porović, 576 и даље.

18 Вид. т. 61. Обавештења о корективним мерама.

19 M. Cerovac, 13.

турне мере не захтевају додатно надгледање после спровођења, с обзиром на то да се, по правилу, одмах спроводе, мере понашања морају ефективно и континуирано да се надгледају како би се спречило да учесници у концентрацији умање или чак онемогуће остваривање ефеката спровођења ових мера.

Пошто Европска комисија не може свакодневно да прати спровођење утврђених мера, учесници у концентрацији морају првенствено да предложе именоване повереника за надгледање спровођења мера. Повереник за надзор (*monitoring trustee*) има овлашћење да прати испуњавање наметнутих услова и обавеза и да о томе обавештава Европску комисију, тј. да јој доставља извештаје. Затим, могуће је предвидети поверавање евентуалних спорова у вези са извршењем мера понашања арбитражи (укључујући национална регулаторна тела, као арбитраже), с обзиром на то да су мере понашања подложне различитом тумачењу и манипулацијама учесника у концентрацији. Често се у пракси предвиђа истовремено именоване повереника за надгледање спровођења мера и обавеза поверавања евентуалних спорова арбитражи. Овакве могућности су предвиђене Обавештењем о корективним мерама, у т. бб. и 130. На тај начин, Европска комисија учесницима у концентрацији намеће као услов поверавање арбитражи решавање свих спорова који могу настати у вези са извршењем мера понашања, уз обавезу уношења арбитражне клаузуле у свим уговорима који се са конкурентима закључују поводом извршавања мера понашања.

III Пракса Европске комисије и арбитражних судова

Иако је арбитража у прописима о контроли концентрација уведена 2008. године, Европска комисија је у пракси први пут користила арбитражу у вези са праћењем мера понашања 1992. године, у предмету *Elf Aquitaine – Thyssen / Minol*.²⁰ Овом одлуком је условно одобрено стицање контроле од стране друштва „Elf Mineralöl GmbH“, подружнице друштва „Elf Aquitaine“, над друштвом, тј. рафинеријом „Minol Mineralöl Handel“ AG, у оквиру приватизације циљног друштва у Источној Немачкој. Као мера понашања, била је предвиђена обавеза за друштво „Minol Mineralöl Handel“ да омогући конкурентима приступ инфраструктури и коришћење имовине, и то путем упућивања обавезујуће јавне понуде, а била је предвиђена и обавеза арбитраже од стране независних стручњака у слу-

20 Одлука од 4. септембра 1992. године, бр. IV/M.235.

чају будућих спорова у вези са применом уговора који се закључује на основу јавне понуде.²¹ Све веће прихватање арбитраже је уследило након две одлуке Општег суда у предметима којим је потврђено одређивање мера понашања код условног одобравања концентрација, као и улога арбитраже у таквим поступцима.²²

У периоду 1992-2016, Европска комисија је условно одобрила 387 концентрација (у првој и другој фази поступка),²³ при чему је обавезу закључивања арбитражног споразума, тј. арбитражне клаузуле, предвидела у 87 одлука којим се условно одобрава концентрација (55 одлука донесених у првој фази поступка, а 29 одлука у другој фази поступка), што чини око 21% одлука од укупног броја условно одобрених концентрација.²⁴ Концентрације су реализоване у различитим секторима привреде, као што су авио саобраћај, медији, ИТ сектор, телекомуникације, фармацеутски производи и здравствене услуге, хемијска индустрија, тржиште нафтних деривата и др. У одлукама којим се условно одобрава концентрација обично се одређује врста арбитраже (*ad hoc* арбитража, стална арбитража, или регулаторно национално тело, као у случајевима COMP/M.2876 – Newscorp / Telepiù; COMP/M.3916 – T-Mobile Austria / tele.ring, COMP/M.4180 Gaz de France / Suez), место и језик арбитраже, као и све друге процедуралне карактеристике арбитраже (нпр. сарадња са Европском комисијом).

21 Више Marc Blessing, *Arbitrating Antitrust and Merger Control*, Swiss Commercial Law Series, Vol. 14, Zürich, Helbing & Lichtenhahn, 2003, 91-92.

22 Вид. одлуку од 30.9.2003, бр. T-158/00 *ARD v. Commission* [2003] ECR II-3825, и одлуку од 4.7.2006, бр. T-177/04 *easyJet v. Commission* [2006] ECR II-1931.

23 Европска комисија може условно одобрити концентрацију током целог поступка, односно и у првој и у другој фази поступка. Пошто се одлука у првој фази може донети ако концентрација не изазива озбиљну сумњу у погледу нарушавања конкуренције, мере предложене у првој фази морају бити довољне да се јасно отклоне „озбиљне сумње“ да ће конкуренција бити нарушена. Ако се на основу постојећих података може закључити да би предложене мере требало да уклоне било какву опасност за конкуренцију, односно сумњу у погледу нарушавања конкуренције, без потребе да се врши детаљнија оцена ефеката предложених мера, Европска комисија ће прихватити мере и одобрити концентрацију.

24 Наведено према подацима са званичне интернет презентације Европске комисије http://ec.europa.eu/competition/mergers/overview_en.html, 12. април 2017 и према Gordon Blanke, „International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearance Decisions“, *EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners* (ed. Gordon Blanke, Phillip Landolt), Vol. 2, Kluwer Law International, 2011, 1616. Више о овим случајевима вид. M. Blessing, 91-156; G. Blanke, 1616-1618.

Прву арбитражну одлуку поводом решавања спора у вези са извршењем мере понашања предвиђене одлуком Европске комисије донела је Међународна привредна привредна комора (ICC), у предмету *RTI - Rett Televisive Italiane S.P.A. v. Sky Italia S.R.I.*²⁵ Наводна спорна мера понашања била је предвиђена одлуком Европске комисије у случају *Newscorp / Telepiù* (бр. СОМР/М. 2876, одлука Комисије од 2.04.2003. године), којом је условно одобрено повезивање италијанских *pay-TV* оператора Stream и Telepiù. Њиховим спајањем је основано ново друштво над којим је контролу преузела аустралијска медијска групација News Corporation Limited (даље у тексту: Newscorp) – друштво Telepiù је припадало групацији Vivendi Univerzal, а друштво Stream је било под контролом друштава Newscorp (50%) и Telecom Italia (50%). Као мера понашања у одлуци Европске комисије, између осталих, било је предвиђено да друштво Newscorp не може да стекне ексклузивно право на емитовање светских спортских догађаја, а да ће сваки спор који буде настао у вези са испуњавањем овог услова бити поверен арбитражи, конкретно ICC.

Спор пред арбитражом је покренут 2010. године, тужбом друштва RTI Italia SpA (RTI) против друштва SKY Italia Srl. (SKY – једне од подружница друштва Newscorp), свог највећег конкурента, у којој је наведено да друштво Newscorp није испунило услов (меру понашања) из одлуке Европске комисије, јер је стекло ексклузивно право да преноси утакмице са FIFA светског првенства у фудбалу 2010. године – према наводима друштва RTI, радило се о „светском спортском догађају“. ICC је отуда морао да оцени да ли је друштво Newscorp испунило услов предвиђен одлуком о условном одобрењу концентрације, а арбитражна одлука је била да друштво Newscorp није прекршило обавезе предвиђене одлуком Европске комисије (с обзиром на то да се у спору пред ICC и у поступку пред Европском комисијом радило о различитим релевантним тржиштима) и сходно томе одбио наводе друштва RTI.²⁶

Ова одлука је значајна и због тога зато што је ICC прецизирао да се поступак који се води поводом оваквих спорова има карактер уобичајене комерцијалне арбитраже и да не представља „регулаторну“ арбитражу нити инструмент за праћење извршења мера понашања, као и да Европска комисија нема овлашћења да утиче на доношење арбитражне

25 Одлука од 17. фебруара 2012. године, предмет број 16974/FM/GZ.

26 Вид. Laura Bergamini, „Analysis of Recent Competition Cases Decided by Arbitrators“, in *Litigation and Arbitration in EU Competition Law* (ed. Mel Marquis, Roberto Cisotta), 2015, 306-307.

одлуке.²⁷ Суд је јасно разграничио улоге Европске комисије и арбитраже, напомињући да арбитража не може да мења услове које је одредила Европска комисија приликом условног одобравања концентрације. Арбитражна клаузула представља само додатни инструмент за заштиту права трећих лица – учесника на тржишту, која проистичу у вези са спровођењем мера понашања из одлуке о одобрењу концентрације. Суд закључује да је арбитража типичан начин приватног спровођења права конкуренције.²⁸ Имајући у виду наводе друштва NewsCorp да предметни спор није подобан за арбитражу и да тужбени затев није у складу са арбитражном клаузулом, у арбитражној одлуци је такође прецизирано да арбитражна клаузула обухвата све повреде обавеза предвиђених одлуком о одобрењу концентрације и заштиту права трећих лица којима су права повређена због непоштовања предвиђених обавеза.²⁹

IV Значај арбитраже у контроли концентрација

Ефекти примене арбитраже у контроли концентрација зависе од прихватања арбитражне клаузуле од стране треће стране, с обзиром на то да она није обавезна да пристане на поверавање будућих спорова арбитражи, већ само има могућност да то прихвати. Ипак, улога арбитраже није тиме умањена, јер је пракса показује да су конкуренти спремни да спор повере арбитражи управо због бројних предности арбитраже, од које користи има и Европска комисија: брзина и флексибилност поступка, могућност избора специјализоване арбитраже, стручност арбитрара, олакшано признање и извршење арбитражне одлуке, уштеда трошкова, неутралност, нејавност и поверљивост поступка, и др.

Европска комисија задржава своја јавноправна овлашћења (да оцењује ефекте концентрације и надзире испуњавање услова за одобрење концентрације, да изриче новчане казне, да одређује мере деконцентрације, да мења постављене услове за одобрење концентрације, да поништи одлуку због неиспуњавања услова и сл.). Уколико странка не поступи по арбитражној одлуци, Европска комисија ће сматрати да није испуњен услов за одобрење концентрације. Дакле, улога арбитраже није да замени Европску комисију у примени прописа о заштити конкуренције, односно контроли концентрација, нити Европска комисија може да делегира сво-

27 Вид. Luca G. Radicati Di Brozolo, „EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia“, *Arbitration International*, бр. 2/2013, 223.

28 Вид. L. G. Radicati Di Brozolo, 223-228.

29 Вид. L. G. Radicati Di Brozolo, 233 и 238-241.

ја овлашћења арбитражи. Арбитража има важну комплементарну улогу у јавноправном спровођењу права конкуренције, док Европска комисија у поступку у арбитражи може да поступа само као *amicus curiae*: да прима све поднеске странака у поступку, да поставља питања странкама, сведоцима и вештацима, да доставља неопходне податке арбитражи (нпр. о релевантном тржишту), даје обавезујућа тумачења постављених услова у одлуци о одобрењу концентрације.

Имајући у виду велики комерцијални значај арбитраже у пословном свету, може се очекивати још веће јачање улоге арбитраже у поступцима контроле концентрација пред Европском комисијом. У Републици Србији оваква пракса не постоји, што је и разумљиво с обзиром на веома мало условно одобрених концентрација. Остаје зато да се види на који начин и када ће се у Србији успоставити пракса која већ дуги низ година постоји у ЕУ.

Ivana RAKIĆ, PhD

Commission for Protection of Competition, Belgrade

THE ROLE OF ARBITRATION IN MERGER CONTROL CASES – PRACTICE OF EUROPEAN COMMISSION

Summary

The author examines the role of arbitration in merger control cases in EU and gives an overview of practice of European commission, considering the enforcement of behavioural commitments under conditional EU merger clearance decisions adopted by the European Commission in its merger control practice. The author points out that arbitration could be an efficient adjudication for the control of the merging parties' behaviour, concerning the commitments they have undertaken in order to ensure a clearance Commission decision that will approve their implementation.

Key words: *arbitration clause, arbitrability, arbitration, merger control, competition law, EU.*

Ненад ТЕШИЋ, мастер економиста

ТУЖБА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ УСЛЕД ПОВРЕДЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ И ТРАГАЊЕ ЗА РЕНТОМ

Резиме

Циљ овог рада је да укаже на постојање специфичног проблема који доводи до ограничене делотворности у примени права конкуренције, а чија се потенцијална појава може очекивати и у домаћој пракси заштите конкуренције. У раду се анализира институт тужбе за накнаду штете који ствара подстицаје привредним субјектима да улажу ресурсе у активности које се могу окарактерисати као трагање за рентом, и које доводе до нарушавања (ограничавања) конкуренције. Аутор указује на то да имајући у виду релативно општу природу права конкуренције, мање ефикасни тржишни учесници користећи могућности подношења наведене тужбе настоје да надокнаде властито заостајање у конкурентској тржишној игри. Закључак је да такво трагање за рентом производи негативне последице на конкуренцију и друштвено благостање. У циљу детаљнијег објашњења, биће анализирана решења домаћих релевантних законских прописа.

Кључне речи: *право конкуренције, трагање за рентом, тужба за накнаду штете, правило разума.*

I Увод

Савремена економска теорија недвосмислено је показала да сваки покушај потпунијег објашњења (ефеката) примене прописа о заштити конкуренције не може бити изолован од анализе последица активности трагања за рентом које конкретни тржишни учесници могу предузети у таквом контексту. Аргументација која ће бити изнета у овом раду фокусира се на један такав специфичан пример улагања ресурса у циљу употребе регулације конкуренције као инструмента, којим се део тржишних учесника штити од промена које изазива деловање тржишног механизма. Нагласак ће бити стављен на важан елемент права конкуренције, чија је

природа таква да се за његово постојање могу изнети веома разложни аргументи, а да као такав ипак може изазвати бројне контроверзе.

Полазећи од уобичајене претпоставке да основни (и ексклузивни) циљ права конкуренције треба да буде постизање економске ефикасности, што имплицитно подразумева очување или унапређење интереса потрошача путем заштите конкуренције као процеса динамичког надметања непосредних тржишних такмаца,¹ следи да право конкуренције не сме бити ни формулисано, нити имплементирано на начин да долази до заштите појединачних конкурената, без обзира на разлику у величини и/или ефикасности која међу њима може постојати. Другим речима, право конкуренције, те његова примена, мора имати за циљ стварање и заштиту услова конкуренције, тј. задатак да спречи дегенерацију конкурентског процеса.² У том смислу, и одредба о тужби за накнаду штете (на којој ће бити засновано објашњење) као део (домаћег) законодавства о очувању конкуренције, налази се у функцији заштите конкуренције. Међутим, показатељ да ове могућности за приватно-правно извршење прописа којим се штити конкуренција могу имати и своју тамну страну – оне могу узроковати подривање конкуренције. Другим речима, иако на први поглед сасвим оправдана, примена института тужбе за накнаду штете у сфери права конкуренције може довести до противречних резултата (ефеката).

Имајући у виду да предмет анализе практично не оставља могућност избора методолошког приступа, у раду ће бити коришћена комбинација елемената микроекономске теорије и теорије јавног избора. Другим речима, с обзиром на комплексност анализе регулаторног процеса заштите конкуренције кроз призму активности трагања за рентом, очигледна је неопходност преплитања анализе економске науке са правном анализом. Речју, природа теме поред правне, захтева и економску анализу како конкретног понашања тржишних учесника, тако и правних прописа.

Рад је структуриран на следећи начин. На самом почетку, након текућих уводних разматрања, биће укратко наведено шта подразумевамо под појмом трагање за рентом. Након тога, анализа се фокусира на објашњење постојања ове активности на економском тржишту у сфери

1 George Stigler, „Competition“, у: J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Palgrave, London, 1987.

2 David J. Gerber, „Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the 'New' Europe“, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, No. 1, 1994, 25–84.

примене права конкуренције. Пажња је посвећена томе да учесници на конкурентском тржишту могу имати подстицај за улагање властитих реалних ресурса у активности које не излазе из домена економског тржишта, а које се могу окарактерисати као активности трагања за рентом, при чему је основна последица подривање конкуренције. Последњи део изводи закључке.

II Трагање за рентом – кратак прелудијум

Стандардна аргументација теорије јавног избора тврди да је државна регулаторна активност важан и вероватно кључни извор економских ренти, тј. кључно исходиште (адреса) поступака трагања за рентом.³ Активности предузете са циљем да се „ућари нешто помоћу владине принуде што се није било у стању остварити на слободном тржишту“⁴, односно покушаји да се институционални амбијент подеси и/или искористи тако да донесе изнадтржишни доходак партикуларним интересима, у литератури су окарактерисани као трагање за рентом. Тако посматрано, трагање за рентом подразумева заобилажење економског тржишта и преусмеравање једног дела властитих ресурса у активности које спадају у домен политичке арене (најзаступљенији облик је лобирање). Поједностављено речено, рационални економски агенти имају подстицај да, уколико им се за то укаже прилика, уложе реалне ресурсе у процес доношења регулаторних одлука како би путем принуде (присиле) обезбедили оснивање, оснаживање и/или заштиту властите тржишне позиције.⁵ Прецизније, то су све оне активности помоћу којих индивидуални или групни тржишни актери настоје утицати на поступке (не)доношења нових или измену постојећих прописа, као и њихове имплементације, у циљу успостављања околности у којима долази до присвајања вештачког износа ренте (укључујући ту и одржавање постојећег дохотка у ситуацији када се регулацијом „одозго“ захтева његово смањење), тј. оног износа дохотка изнад тржишног нивоа који се не може уклонити деловањем конкурентског механизма и последичном променом релативних цена, већ искључиво редукцијом извора који је омогућио његов настанак. Разлог томе садржан је у чињеници да цене које омогућавају настанак ренти нису оне које се формирају слободним деловањем тржишних сила, већ регулаторним одлукама „одозго“. Посма-

3 Dennis C. Mueller, *Teorija javnog izbora III*, MASMEDIA, Zagreb, 2008.

4 Дејвид Боаз, *Либертаријанизам*, Центар за либерално–демократске студије, Београд, 2003, 176.

5 Милтон Фридман, *Капитализам и слобода*, ЈП Службени гласник, Београд, 2012.

трано са становишта (унапређења) друштвеног благостања, нужно је поставити два питања када је реч о улагању ресурса у активности трагања за рентом: прво, да ли су ресурси уложени у непродуктивну активност са становишта друштва; друго, постоји ли опортунитетни трошак тако уложених ресурса. Теоретичари јавног избора углавном су сагласни да је одговор на оба питања позитиван, те закључују да постоји директан друштвени трошак трагања за рентом оваплоћен у неповратно уложеним ресурсима у активности политичког регулаторног присвајања дохотка,⁶ и то управо у висини опортунитетног трошка (пропуштеног приноса) њиховог улагања.⁷ Отуда се у литератури често тврди да је трагање за рентом не само паразитска (њоме се прерасподељује доходак), већ и расипничка активност, имајући у виду да ресурси уложени у политички начин присвајања дохотка имају своје опортунитетне трошкове, тј. нису уложени тамо где је њихова вредност највећа.

Међутим, државна регулаторна активност, у смислу њеног свесног доношења и имплементације на начин да долази до унапређења благостања регулисаних тржишних актера, није и једини извор ренти. Другим речима, улагање ресурса у активности трагања за рентом може настати и изван политичког тржишта, а у оквиру датих формалних правила која дефинишу контекст у којем функционише тржишни механизам. Размотримо, за почетак, активности аналитичара и мешетара запослених на берзи. Наиме, новац којим се плаћа њихов основни задатак да прикупљају информације у доброј мери представља улагање ресурса у ову врсту активности. На пример, уколико су успешни у прибављању инфор-

6 Приметите да непродуктивност активности трагања за рентом произлази из чињенице да је њена основна сврха да доведе до прерасподеле постојећег дохотка, односно њен резултат није ништа друго до недобровољни трансфер благостања. Видети: Gordon Tullock, „The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft“, *Western Economic Journal*, June 1967, 224–232; Anne O. Krueger, „The Political Economy of the Rent-Seeking Society“, *American Economic Review*, Vol. 64, No. 3, 1974, 291–303. Приметите такође да се о расипању ренте не може говорити са становишта оног који улаже ресурсе у њено стицање, већ искључиво са друштвеног становишта. У датим околностима, такво улагање је последица рационалног поређења алтернатива, тј. партикуларне *cost-benefit* анализе.

7 Ипак, на овом месту треба бити опрезан. Наиме, Талисон примећује да износ опортунитетних трошкова активности трагања за рентом постоји само у оној мери у којој је изводљиво извршити реалокацију ресурса из мање у више продуктивну употребу. Другим речима, улагање ресурса у активности трагања за рентом биће расипничко са становишта друштва само онда, и у оној мери, у којој је заиста могуће реалоцирати такве ресурсе у активности које стварају нову вредност. Видети: Robert Tollison, „Rent seeking“, у: D. C. Mueller (ed.), *Perspectives on Public Choice*, Cambridge University Press, 1997, 506–525.

мација о будућим одлукама регулатора о додели ренте конкретној фирми, они ће обезбедити високе зараде не само себи, него и онима којима су предложили да купе акције таквих фирми. Расипање ресурса постоји, пошто куповина акција и последична зарада од стране једног шпекуланта бива неутралисана њиховом продајом и губитком од стране неког другог. Наравно, овакав закључак о трошењу ресурса без увећавања аутопута, вреди само уколико се не тргује новом емисијом акција. Други пример, често навођен у литератури је рекламирање. Улагање ресурса у рекламирање од стране два непосредна конкурента једним делом представља друштвено расипање. То је онај део рекламирања који је предузет са циљем прерасподеле постојећих тржишних удела, који не само да не ствара било какву новододату вредност, већ бива и неутралисан ресурсима уложеним од стране противника. У коначном, тржишни удели фирми могу остати готово непромењени. Сличан закључак важи и уколико претпоставимо исту вероватноћу изборне победе тренутног носиоца политичке функције и претендента на његово место у изборној кампањи. Уколико сваки од политичких кандидата осваја исти број гласова у ситуацији када се оба политички оглашавају и у оној када издаци за кампању износе нула, следи да је за друштво боље уколико ниједан кандидат не би потрошио ништа у те сврхе. Приметите да би осим друштва у целини, и појединачне фирме односно политичари били у бољем положају када не би издвајали средства за рекламирање, односно кампању, респективно.⁸

III Трагање за рентом на економском тржишту у сфери права конкуренције

1. Увод

И када је реч о сфери права конкуренције, трагање за рентом се може спровести на два тржишта – политичком и економском. Генерално посматрано, постоје три механизма путем којих партикуларни интереси покушавају да употребом активности лобирања (дакле, путем инструменталног политичког тржишта) ограниче делатну снагу правних правила о заштити конкуренције, тј. да имунизирају ефекте властитих радњи и донетих аката од њихове примене. На првом месту, реч је о механизму индиректног политичког утицаја, који подразумева да овладавање надле-

8 Међутим, логика игре „затвореникове дилеме“ подсећа нас да је пут до таквог исхода релативно тешко успоставити. Видети: Robert Gibbons, *A Primer in Game Theory*, Harvester, London, 1992.

жним одбором у законодавном телу у чијој је надлежности, између осталог, контролна функција над конкретним агенцијским делом извршне власти задуженим за имплементацију закона којим се штити конкуренција, може довести до појачаног перфидног притиска на политику извршења такве агенције или комисије.⁹ Друго, постоји чисто правни механизам обесмишљавања закона којим се настоји заштитити конкурентски поредак, путем доношења посебних законодавних прописа којима се ближе регулишу активности у конкретној грани или професији (дерогација).¹⁰ Коначно, остављање специфичних одредби у самом закону чији је предмет заштита конкуренције, а којима се експлицитно изузимају одређени тржишни учесници, додатно доприноси селективности његове примене.¹¹

У литератури је јасно наглашено да, не само да постоје покушаји да се деловање антимонополског извршног тела држи под својеврсном политичком контролом, већ и да је „констелација приватних интереса последично у игри у арени права конкуренције, баш као што је и у свим другим околностима у којима се формулише и спроводи јавна поли-

-
- 9 Barry R. Weingast, William J. Marshall, „The Industrial Organization of Congress; or, Why Legislatures, Like Firms, are not Organized as Markets“, *Journal of Political Economy*, Vol. 96, No. 1, 1988, 132-163; Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll, Barry R. Weingast, „Administrative Procedures as Instruments of Political Control“, *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 3, No. 2, 1987, 243-277; William E. Kovacic, Marc Winerman, „The Federal Trade Commission as an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy, and Effectiveness“, *Iowa Law Review*, Vol. 100, No. 5, 2015, 2085-2113; Roger Faith, Donald Leavens, Robert Tollison, „Antitrust Pork Barrel“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 25, No. 2, 1982, 329-342; Barry R. Weingast, Mark Moran, „Bureaucratic Discretion or Congressional Control? Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission“, *Journal of Political Economy*, Vol. 91, No. 5, 1983, 765-800.
- 10 Douglas Broder, *U. S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, Oxford University Press, 3rd ed., 2010. Домаћу правну праксу такође карактерише, додуше акутна, фаза тенденције у правцу дерогације примене Закона о заштити конкуренције – ЗЗК (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013). Видети на пример: Закон о обавезном осигурању у саобраћају (*Службени гласник РС*, бр. 51/09, 78/11, 101/11, 93/2012 и 7/2013-одлука Уставног суда), којим су имунизирани акти Удружења осигураваача Србије који су довели до картелизације учесника на страни понуде на тржишту аутоосигурања; Закон о превозу у друмском саобраћају (*Службени гласник РС*, бр. 46/95, 66/01, 61/05, 91/05, 62/06, 31/11) који производи исти ефекат на тржишту такси услуга; Закон о јавном бележничтву, који исто чини на тржишту пружања јавнобележничких услуга.
- 11 Приметите и да таква селективност правила о конкуренцији допушта могућност искључивања дерогацијом других тржишних актера. Домаћи Закон о заштити конкуренције није предвидео било какве експлицитне изузетке овог типа (ЗЗК, чл. 3).

тика¹².¹² Та аргументација (потенцијално груписање приватних интереса у арени права конкуренције путем механизма трагања за рентом на политичком тржишту) може бити додатно појачана додавањем последица наведеног механизма предузетог од стране индивидуалних фирми у економској арени, а што се изнова своди на то да извршење права конкуренције потенцијално може карактерисати дивергентан правац, односно реверзибилан смер у односу на онај који је формално прокламован. Дакле, концепт интерпретације права конкуренције који у центар пажње поставља приватне интересе, обухвата, не само индиректне покушаје (путем законодавца) политичког утицаја партикуларних интереса на његову структуру и примену, него и унеколико директнији механизам који не захтева ангажовање таквог политичког надзора, већ подразумева улагања ресурса у активности трагања за рентом од стране индивидуалних фирми које настоје да искористе конкретне елементе предметног законодавства на начин да ослабе (или не дозволе оснаживање) своје конкуренте, не би ли барем сачували (ако не и побољшали) сопствену тржишну позицију.¹³ Прецизније, анализа ће бити усмерена на могућности и последице трагања за рентом на економском тржишту у сфери права конкуренције, и то путем перфидне злоупотребе института тужбе за накнаду штете у процесу надметања непосредних тржишних такмаца. У суштини, основно питање гласи: да ли сама природа права конкуренције као општег правила, у околностима наведеног трагања за рентом, може довести до потенцијалних проблема у властитој примени, што би као последицу имало нарушавање конкуренције?

2. Механизам

Основна идеја је да фирма која није у стању да издржи конкурентски притисак поседује могућност покретања тужбе за накнаду штете против више ефикасног конкурента, услед (према њеном суду) учињене повреде конкуренције, и то тако што, на првом месту, достави потенцијални доказни материјал надлежном антимонополском телу које у таквим околностима има обавезу да покрене поступак по службеној дужности уколико се утврде основи сумње да постоји потенцијална повреда конкуренције, те уколико коначни епилог поступка покаже да

12 William F. Shughart II, Fred S. McChesney, „Public choice theory and antitrust policy“, *Public Choice*, Vol. 142, No. 3–4, 2010, 390.

13 William J. Baumol, Janusz A. Ordover, „Use of Antitrust to Subvert Competition“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 28, No. 2, 1985, 247–265.

заиста постоји нарушавање конкурентског поретка, она покрене парнични поступак пред надлежним судом са циљем да надокнади претрпљену штету. Разлог зашто смо прибегли заснивању објашњења на примеру пратеће тужбе (*follow on action*) за накнаду штете, за разлику од тзв. независне тужбе (*stand alone action*) која не захтева претходно решење антимонополског тела о повреди конкуренције као услов за покретање поступка за такву накнаду, лежи, између осталог, и у чињеници да одредбе домаћег ЗЗК предвиђају могућност једино таквог редоследа догађаја (ЗЗК, чл. 35, ст. 1). Другим речима, постојање могућности за накнаду штете, према ЗЗК захтева као предуслов решење Комисије за заштиту конкуренције којим је утврђена повреда конкуренције. То решење представља основу (услов) за покретање парничног поступка, с тим што се настанак штете мора доказивати у судском поступку, тј. постојање повреде конкуренције није директни доказ постојања нанете штете (ЗЗК, чл. 73). Иако ЗЗК није предвидео могућност подношења независне тужбе, чини се да поједине (додуше, релативно опште) одредбе Закона о облигационим односима¹⁴ то ипак допуштају као могућност. Прво, треба приметити да се самостална (независна) тужба за накнаду штете услед повреде (права) конкуренције може поднети без обзира на то да ли је тело надлежно за заштиту конкуренције донело одлуку о повреди конкуренције, тј. пре него што је оно уопште и утврђивало наведену повреду. Друго, основ за подношење независне тужбе произилази из члана 16 ЗОО који предвиђа да је свако дужан да се уздржи од поступка којим се другом наноси штета, као и члана 154, став 1 ЗОО који прописује да је свако ко другоме проузрокује штету (својом кривицом) дужан да је надокнади. С обзиром да у условима самосталне тужбе не постоји решење Комисије о повреди конкуренције, суд, односно тужилац (на ком је терет доказивања) мора да утврди штетну радњу и докаже постојање штете (подсетимо се да постојање повреде конкуренције не значи и директну штету за конкуренте). Тачно је да би се утврђивање штетне радње од стране суда (који неизоставно мора примењивати одредбе ЗЗК у том поступку) *de facto* поклопило са утврђивањем повреде конкуренције Комисије, али суд и Комисија то раде за различите потребе. Суд утврђује штетну радњу само да би проценио висину штете, али не и да би утврдио повреду конкуренције и због тога казнио туженог. Суд се, барем директно, не бави заштитом

14 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89–одлука УСЈ и 37/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003–Уставна повеља.

конкуренције (то је надлежност Комисије), већ заштитом права оштећених лица. Само у ситуацији пратеће тужбе, суд ће узети решење Комисије као доказ да постоји штетна радња, те се неће бавити утврђивањем повреде конкуренције. У условима независне тужбе могуће је замислити да се истовремено воде и парнични поступак и поступак утврђивања повреде конкуренције пред Комисијом. У том случају остаје питање да ли ће суд обуставити властити поступак све док Комисија не донесе решење о повреди конкуренције. Ово је несумњиво мало испитани проблем у домаћој литератури, што не треба да зачуди, с обзиром да је у нашој земљи и спровођење права конкуренције кроз јавноправни облик релативно нов феномен. О могућностима приватноправног извршења права конкуренције (*private enforcement*) тек треба да буде целовитије расправљано. Домаћа правна пракса, колико је нама познато, до сада није забележила ниједан овакав случај.

У оваквој констелацији догађаја, улагање у трагање за рентом одражавају сви они ресурси утрошени на адвокате, економисте, консултанте и сл. од стране фирми апсорбованих поступком утврђивања повреде конкуренције и/или потенцијалним парничним поступком, а који су предузети са циљем да се повећа постојећи тржишни удео на уштрб ривала или барем сачува постојећи. Таква прерасподела тржишних удела није последица иновације производа или процеса, односно креирања нове вредности путем тржишног надметања, већ напротив, злоупотребом легислативе. Другим речима, посматрано са становишта индивидуалних фирми, тужба за накнаду штете као елемент у процесу заштите конкуренције, представља још једно средство за остварење њиховог циља везаног за очување тржишне позиције. Међутим, посматрано са становишта друштва, долази до расипања тако уложених ресурса у висини опортунитетних трошкова њихове продуктивне употребе.

3. Мотив

Употреба института тужбе за накнаду штете приликом покушаја спутавања успешног функционисања ефикаснијег конкурента од стране мање ефикасног ривала није мотивисан само настојањем да се заштити постојеће тржишно учешће, већ и потенцијалном могућношћу накнаде штете (стварног износа процењене штете и накнаде опортунитетног

трошка изгубљене добити).¹⁵ Баумол и Ордовер (1985) посебно наглашавају одредбу *treble damages* америчких прописа о заштити конкуренције, која подразумева да надлежни суд може донети пресуду по којој је оптужени који је проглашен кривим дужан да исплати тужиоцу вишеструки (најчешће троструки) износ процењене штете.¹⁶ Такав мултипликатор заиста може представљати подстицај за описану злоупотребу наведене тужбе. Аутори предлажу и поједина решења за овај проблем. Прво, могуће је раздвојити мултипликаторе за окривљеног и тужиоца (разлика у износима би била усмерена у државну касу), при чему би већи мултипликатор требало доделити исплати штете од стране окривљеног, с обзиром да се тако могу смањити подстицаји ка оним активностима које су потенцијални узрочник таквих штета, док се истовремено дестимулише и злоупотреба тужбе за накнаду штете (расправа о оптималној величини мултипликатора је ирелевантна за домаћу правну праксу, с обзиром да у нашем систему не постоји могућност накнаде штете која премашује износ штете, те накнада има реституциони, а не пенални карактер).¹⁷ Друго, треба размотрити постојање одговорности за тужиоца у случају ослобађајуће пресуде за туженог, имајући у виду да би се на тај начин, барем делимично, предупредиле негативне последице попут, на пример, једноставне жеље да се ефикаснија фирма увуче у релативно дуг правни процес који, медијски пропраћен, може довести до nanoшења штете њеној дугорочној репутацији (за разлику од америчког система где углавном свака страна сноси своје трошкове, у домаћем систему се фриволне тужбе дестимулишу тако што се ономе ко изгуби парницу налаже да плати њене укупне трошкове, тј. властите али и трошкове друге стране).¹⁸

Треба приметити да свака од ових одлука којом се слабе покушаји калумнијације, истовремено представља и слабљење одвраћања од повреде конкуренције, с обзиром да приватноправна димензија заштите конкуренције представља важан део примене права конкуренције, поготово у контексту потенцијално ниске вероватноће откривања повреде конкуренције, те релативно тешке доказивости те повреде.

15 Наравно, ово ни у ком случају не представља исцрпну листу мотива, тј. таква листа може бити знатно дужа, иако су стандардна размишљања о интензитету конкуренције свакако на првом месту.

16 Видети Клејтонов закон (*Clayton Act*, 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53) који то предвиђа.

17 ЗОО, чл. 190.

18 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013–одлука УС, 74/2013–одлука УС и 55/2014, чл. 153 ст. 1.

Важно је приметити и то да чак и под претпоставком да услед измене релевантних законских одредби дође до смањења подстицаја тржишних учесника ка покретању фриволних тужби, то је и даље само један облик трагања за рентом. Фирме могу преусмерити тако опредељене ресурсе у активности трагања за рентом на политичком тржишту (пре свега мислимо на раније поменути механизам индиректног политичког утицаја). Отуда следи да нема *a priori* гаранција да ће ограничавање једног облика трагања за рентом довести до смањења агрегатно уложених ресурса у такве активности у једном друштву, а самим тим ни да ће доћи до повећања (прецизније, мањег смањења) друштвеног благостања.

4. Предуслов

Шта је основни предуслов за то да „свака успешна фирма може да очекује, скоро као рутинску појаву, да се пре или касније нађе на оптуженичкој клупи“¹⁹ Право конкуренције које претендује да буде опште правило примењиво на велики број различитих ситуација, истовремено представља и кључни узрок властите релативне неодређености у смислу примене на појединачни случај, што подразумева постојање тешкоћа у поступку креирања демаркационе линије између тумачења одредби релевантног закона као оних које описују дозвољене конкурентске потезе и оних које исте потезе виде као оне који подривају конкурентски поредак. Тако дефинисана недовољна прецизност наведеног правила допушта могућност за злоупотребу важног елемента заштите конкурентског поретка – тужбе за накнаду штете – која постаје перфидна услед неизвесности коначног исхода антимонополског и/или судског процеса, с обзиром да неодређено правило поставља само оквирне критеријуме за доношење одлука. У таквим условима коначне одлуке се доносе на основу одређене форме правила разума (*rule of reason*), што подразумева доношење одлука од случаја до случаја (*case-by-case*) на основу субјективног знања и перцепције текућих (предметних) околности персоналног састава антимонополског тела, те самих судија.

Осим стављања нагласка на чињеницу да опште правило не значи много (у смислу погодности) за доношење одлука, те да су судијама (наравно, то важи и за доносиоце одлука у антимонополским телима) потребни што конкретнији критеријуми на основу којих ће донети пресуду, судија Истербрук је истакао и да ризик од настанка грешке типа I, која

19 W. Baumol, J. Ordover, 252.

подразумева погрешну осуду ефикасне праксе (исто важи и за грешку типа II (пропуштање санкционисања неефикасне праксе)), садржи ендемски карактер.²⁰ То је илустровао једноставним примером: уколико претпоставимо да је вероватноћа настанка грешке типа I 10 %, те ако постоји 10 случајева који се одвојено решавају пред различитим судијама, ризик да ће бити осуђено ефикасно понашање у најмање једном случају (вероватноћа је приказана на скали од 0 до 1) је: $1 - 0,9^{10} \approx 0,65 \times 100 = 65\%$. Наравно, уколико је већа вероватноћа да судије учине наведену грешку, овај проценат се повећава. Истербрук наглашава да ће његова забринутост остати, све док вероватноћа грешке типа I не падне на ниво од око 1%, те тврди: „судије које ја знам греше много чешће од тога. Ја грешим, такође“.²¹ Треба приметити да доношење одлуке на основу правила разума не подразумева одсуство правила, већ само веће ослањање на дискрециону моћ одлучивања засновану на разумној процени. Чини се да ово правило додатно проширује улогу економиста у антимонополским поступцима у поређењу са ситуацијама у којима је на снази *per se* критеријум за доношење одлука, с обзиром да је осим откривања спорног (у смислу закона) тржишног понашања, неопходно предузети и својеврсну *cost-benefit* анализу предметног случаја, иако би се значајно и законски недвосмислено штетно понашање и даље могло сматрати забрањеним *per se*.²² Употреба правила разума чини да стриктна општа правила постану више растегљива у примени. Са једне стране то обезбеђује смањење вероватноће настанка грешке типа I, као и повећање вероватноће грешке типа II. Са друге стране то усложњава и чини релативно скупљим доказни поступак. Колики ће бити такви трошкови (исто важи и за трошкове као последицу грешке типа I односно II) зависи од природе повреде конкуренције, процедуралних правила о парничном поступку, као и оних о одређивању правног лека, потенцијалне испреплетености надлежности надзора других агенција над конкретним тржиштем итд.²³ Иако концепт

20 Генерално посматрано, тржишни учесници се суочавају са регулаторним ризиком, који постоји у околностима у којима се увођење и/или примена конкретних регулаторних мера од стране државе може окарактерисати као арбитарно. Недовољно прецизне законске одредбе које пружају широке могућности за њихово тумачење несумњиво увећавају овај ризик.

21 Frank H. Easterbrook, „When Does Competition Improve Regulation?“, *Emory Law Journal*, Vol. 52, 2003, 1307.

22 Fred S. McChesney, „The Role of Economists in Modern Antitrust: An Overview and Summary“, *Managerial and Decision Economics*, Vol. 17, No. 2, 1996, 119–126.

23 Jonathan B. Baker, „Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust“, *Fordham Law Review*, Vol. 81, No. 5, 2013, 2179.

правила разума²⁴ неминовно отвара додатно питање које се тиче знања доносилаца одлука и последично охрабрује изношење тврдње да је то што одлуке антимонополских власти нису у јавном интересу заправо само последица незнања оних који одлучују (укључујући ту и кашњење у примени појединих побољшања аналитичких техника (економске анализе) за утврђивање повреде конкуренције), те да би њихова обука знатно подигла ефикасност одлучивања у правом смеру, ауторитети економске науке, попут Штиглера, јасно одбацују такву тезу, сматрајући да су незнање и грешке у одлучивању несумњиво могући и да се дешавају, али заснивати објашњење на таквој тези није нимало плодно, с обзиром да је „све и свашта компатибилно са тим објашњењем“.²⁵

Имајући у виду да у таквим околностима фирма може тежити самоограничавању у ефикасности, с обзиром да сваки тржишни поступак који доприноси њеном успостављању као релативно успешнијег конкурента може постати потенцијална основа за оптужбу од стране другопласираног ривала за „нефер“ конкурентско понашање, следи да постоји својеврсна противречност инхерентна самој природи права конкуренције које сопственим извршењем подрива здраво конкурентско надметање. Другим речима, могло би се закључити да у наведеним околностима примена права конкуренције не само да не успева да оствари властити прокламовани циљ, већ и да потенцијално може довести до његове деградације.

5. Пример

Свако ко је икада, барем и површно, завирио у свет оног дела економске теорије (и емпиријских истраживања) који се бави предаторним ценама морао је уочити њену неконзистентност, односно немогућност да обезбеди једнозначан одговор на питање ефеката ове стратегије на конкуренцију и друштвено благостање.²⁶ Претпоставимо да

24 За бројне примере веће или мање употребе правила разума од стране судова и надлежних тела за заштиту конкуренције током приближно 110 година америчке праксе примене права конкуренције видети: William E. Kovacic, Carl Shapiro, „Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking“, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14, No. 1, 2000, 43–60.

25 George J. Stigler, „Supplementary Note on Economic Theories of Regulation“, у: G. J. Stigler (ed.), *The citizen and the state: essays on regulation*, University of Chicago Press, 1975, 140.

26 Dominick T. Armentano, „Antitrust Reform: Predatory practices and the Competitive process“, *Review of Austrian Economics*, Vol. 3, 1989, 61–74; D. Broder, 93–97; Janusz A. Ordover, Garth Saloner, „Predation, monopolization and antitrust“, у: R. Schmalensee, R. Willing (ed.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, 1989, 537–596; David Roth, „Rationalizable Predatory Pricing“, *Journal of*

је одређени тржишни учесник (конкретна фирма) услед успешне иновације процеса, чија је последица увећање маневарског простора за снижавање цена у односу на конкуренте, остварио доминантну позицију на тржишту. Од тог тренутка снижавање цена релативно ефикаснијег конкурента може постати предмет тужбе за накнаду штете од стране мање ефикасних ривала, који сматрају да је на тај начин учињена ексклузиона злоупотреба доминантног положаја, односно повреда конкуренције оличена у предаторном формирању цена. Простор (предуслов) за покретање такве тужбе произлази из релевантних законских одредби, које, на примеру домаћег ЗЗК, подразумевају да је злоупотреба доминантног положаја забрањена (чл. 16 ст. 1), те да она, између осталог, подразумева и „непосредно или посредно наметање неправичне куповне или продајне цене или других неправичних услова пословања“ (чл. 16 ст. 2 тач. 1).

Треба приметити да правна несигурност произлази, не само из неодређености врло уопштеног концепта „неправичне цене“, који своју детаљнију интерпретацију може добити тек у поступку примене правила разума од стране антимонополског извршног тела и надлежног суда, него и из чињенице да је смањење цена путем иновација савршено прихватљива (са становишта закона) стратегија конкурентске борбе за опстанак све док фирма не оствари доминантан положај. Након тога, иста та стратегија постаје више неједнозначна, у смислу њене осуде као противправног понашања од стране тржишног учесника (подсећамо да доношење одлука на основу правила разума подразумева одлучивање на основу датог правила, перцепције предметних околности и знања самих судија (при чему, опет подсећамо, резултати које обезбеђује економска теорија у вези са предаторним ценама нису они које одликује недвосмисленост)). Другим речима, нема *a priori* гаранција (дефинисаних у самом закону) да доминантна фирма у таквим околностима неће бити санкционисана за предаторно формирање цена као облика ексклузионе злоупотребе доминантног положаја. Дакле, иста одредба закона, која експлицитно прописује да достизање (уз услов да је засновано на фер тржишним механизмима) монополског положаја није незаконито правно чињење, истовремено може дестимулисати напоре тржишних учесника ка таквом чињењу, имајући у виду да тржишни учесник има мало могућности да прецизно процени да ли ће његово понашање којим је

доспео у доминантан положај након тога бити пронађено као незаконито, те последично подложно томе да постане предмет тужбе за накнаду штете услед нефер тржишног понашања, односно изложено осуди и плаћању високих одштетних захтева. Постојање таквих законских двосмислености одмаже правилном функционисању тржишта као механизма који обавља селективну функцију, чији је циљ очување економске ефикасности.

Међутим, такве законске формулације се показују као нужне. Односно, иако претендовање правила на општост повећава његову неодређеност у примени на партикуларни случај, то је и даље једини начин да се покрије велики број различитих ситуација, тако да се смањује вероватноћа правне празнине (у смислу да одређени предмет остане нерегулисан). Дакле, иако се чини јасном тврдња да што је критеријум конкретнији то је мањи простор за његову злоупотребу која настаје као последица постојања могућности двосмислености његове интерпретације, односно тумачења, проблем се не може решавати на начин да се приступи креирању опсежнијег закона, с обзиром да не постоји правило које би могло да обухвати све релевантне околности, нечије намере, и потенцијалне ситуације које би могле настати. Сублимирано, анализирани проблем своје корене налази у самој природи права конкуренције, те за његово превазилажење, у најбољем случају, постоје само ограничене могућности.

IV Закључак

У претходном делу анализе, пажња је била посвећена подстицајима, поступку и основним последицама деловања оних тржишних учесника који настоје да искористе институт тужбе за накнаду штете на начин да ослабе интензитет тржишног надметања. Другим речима, примарни закључак који се на основу изложене аргументације може извести је да домаћи Закон о заштити конкуренције, иако нуди само ограничене могућности за властито извршење кроз приватноправни облик, ипак може довести до формирања околности у којима долази до активности трагања за рентом на економском тржишту путем покретања наведене тужбе услед наводног „нефер“ тржишног понашања, што доводи до креирања резултата различитих од оних који би настали као последица испуњења формално прокламованог циља у сфери права конкуренције.

Са становишта аргументације теорије јавног избора, активности покретања фриволних тужби се могу подвести под облик трагања за

рентом, што представља непродуктивну активност са становишта друштва, не само услед тога што се ресурси извучени из продуктивних употреба користе за прераспodelу постојећег дохотка, што доводи до умањења друштвеног благостања у висини опортунитетних трошкова њиховог улагања, већ и далеко значајније индиректне последице промене система подстицаја на тржишту, у смислу појачавања тенденције ка прерасподели тржишних удела у односу на производњу, која додатно тежи да постане механизам позитивне повратне спреге. Речју, описано трагање за рентом од стране конкурената представља корак уназад са становишта конкуренције, економске ефикасности и друштвеног благостања, не само када такво специфично понашање резултира успехом, већ и због тога што страх од неизвесности ситуације у којој релативно ефикаснији тржишни учесник постаје актер у поступку утврђивања повреде конкуренције, те тужени у потенцијалном парничном поступку, дестимулише фирме да се упусте у здраво интензивно конкурентско надметање.

Заправо, циљ овог рада је првенствено био да укаже на чињеницу да постоји могућност потенцијалне појаве специфичног проблема у домаћој пракси заштите конкуренције. Анализирани проблем постоји у развијеним тржишним привредама које поседују вишедеценијско искуство у погледу примене права конкуренције, а његову појаву свакако треба очекивати и у нашој правној пракси заштите конкурентског поретка у догледној будућности. Не постоји прецизно одређен тренутак у смислу временског интервала имплементације права конкуренције када се овај проблем појављује, али је искуствена чињеница да његова појава ипак захтева одређени период такве примене.

Домаћа академска заједница, као и привредна реалност, налазе се у акутној фази, када је реч о суочавању са овом темом. Заиста, анализа процеса извршења права конкуренције кроз призму активности трагања за рентом је врло комплексна, и у овом раду су несумњиво дате само уводне напомене једног њеног важног сегмента. Комплексност њене аргументације не произилази само, као што је то назначено на самом почетку овог рада, из неопходности преплитања анализе економске науке са другим областима, попут права, већ и због тога што нас подсећа на чињеницу да у сфери права конкуренције неретко нема лаких, и што је још важније, једнозначних одговора, тј. што захтева од истраживача већу уздржаност или скептичност према намерама регулатора, односно објашњењима разлога за увођење регулаторних захвата у конкретним случајевима, као и њиховим ефектима. У том смислу, ни тврдња да је

право конкуренције вероватно „најклизавији терен“ од свих делова економске политике не би требало да представља изненађење. Посматрано на ширем плану, анализирани проблем је само још један у низу примера чија аргументација се може искористити приликом фундаменталне дебате у области регулације, у овом случају права конкуренције – да ли конкретни регулаторни захвати чине више штете него користи, посматрано са становишта очувања и промовисања конкуренције, те унапређења друштвеног благостања, тј. у коначном да ли би било боље да такви конкретни закони уопште нису ни били увођени. Остављајући такве расправе по страни,²⁷ и имајући у виду чињеницу да постоји широка распрострањеност тих закона, плодна расправа захтева спуштање анализе на конкретан проблем и покушај изналажења решења за исти. Као што смо видели током излагања, све чему се једно друштво може надати је изналажење оних институционалних решења која нуде само ограничене могућности за његово решавање.

Nenad TEŠIĆ, M.Sc. in Economics

COMPENSATION FOR DAMAGES CAUSED BY INFRINGEMENT OF COMPETITION LAW AND RENT SEEKING BEHAVIOR

Summary

The aim of this paper is to highlight an existence of a specific problem that leads to the limited efficiency of enforcement of competition law. The problem is also inherent in the practice of domestic competition law. Focus is put on the provisions on compensation for damages caused by an infringement of competition law, which create incentives for rent seeking behavior and further violation of competition by economic agents. Since the competition law is relatively broad in nature, less efficient economic agents rely on the possibility of suing for damages to compensate for their limited ability to compete in the market. As a consequence, rent seeking behavior produces negative effects on competition and social welfare. The paper analyzes in detail all the relevant provisions of domestic laws.

Key words: *competition law, rent seeking, compensation for damages, rule of reason.*

²⁷ Треба имати у виду и то да свако дубље тумачење овог типа несумњиво захтева другог писца.

Милан ЈЕЧМЕНИЋ

сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УГОВОР О СПОНЗОРСТВУ И ПОВРЕДА КОНКУРЕНЦИЈЕ КРОЗ ПРАКСУ ФРАНЦУСКОГ САВЕТА (АУТОРИТЕТА) ЗА КОНКУРЕНТНОСТ

Резиме

Уговори о спонзорству редовно садрже клаузулу о ексклузивности у корист спонзора. Уношење клаузуле о ексклузивности у уговор о спонзорству за последицу може имати то да спонзорској конкуренцији ограничи приступ тржишту спонзорства те услед тога може доћи до повреде конкуренције. Како споразум о ексклузивитету сам по себи није недозвољен, предмет пажње аутора у овом раду је управо питање под којим околностима клаузула о ексклузивности у уговору о спонзорству може довести до повреде конкуренције. Ово питање разматраћемо кроз праксу француског Савета, а касније Ауторитета за конкурентност.

Кључне речи: *уговор о спонзорству, клаузула о ексклузивности, повреда конкуренције, рестриктивни споразуми.*

І Увод

Да бисмо уопште могли да разумемо уговор о спонзорству, неопходно је да се прво спонзорство размотри са становишта економије. Заправо, да бисмо могли разумети уговор о спонзорству у свој његовој комплексности и појавним облицима, нужно је разумети економску суштину спонзорства. У економској литератури спонзорство се дефинише као пословни однос између онога ко обезбеђује средства, ресурсе, или услуге и појединца, догађаја, или организације који заузврат нуде одређена права и асоцијације које могу да се искористе у комерцијалне сврхе.¹ Разлози зашто се потенцијални спонзори одлучују за спонзорство могу бити про-

1 Steve Sleight, *Sponsorship: What it is and How to Use it*, Maidenhead, 1989, 4.

моција спонзора, имица и брэнда на одређеном географском подручју, јачање позиције на постојећим тржиштима, освајање нових тржишта, стална присутност у јавности и трајна веза са потрошачима.² Ипак, на основу економске литературе о спонзорству, може се закључити да је непосредни циљ због којег се потенцијални спонзори одлучују за спонзорство, тај да желе да се на одређени начин повежу са спонзорисаним, односно, другачије речено, спонзори очекују од спонзорства оно што се у економској литератури назива „трансфер имица“.

Шта, заправо, представља имиц и „трансфер имица“? Имиц је резултат међусобног утицаја свих искустава, утисака, уверења, осећања и знања људи о неком физичком, или правном лицу, или догађају, или, једноставније речено, имиц представља целокупни утисак који у јавности постоји о неком физичком, или правном лицу, или догађају.³ Трансфер имица значи пренос одређене представе од једног носиоца имица на неког другог путем асоцијације. Начин функционисања се састоји у томе, да се циљаним одабиром погодног спонзорисаног, искористи његов позитивни утицај, да се путем психолошке технике асоцијације утиче на трансфер имица.⁴ Примењено на трансфер имица при неком спонзорском ангажовању, то значи да су карактеристичне особине спонзорисаног доведене у везу са називом фирме, или називом производа. Али, ово се догађа само под претпоставком да треће лице као оцењивач позитивно оцени спонзорисани објекат.⁵

Уколико више спонзора спонзорише исто физичко, или правно лице, или догађај, то у најмању руку може ублажити очекивани трансфер имица. Зато ће спонзори свакако бити заинтересовани за ексклузивност. Уношење клаузуле о ексклузивности у уговор о спонзорству ће као практичну последицу имати то да спонзорисани за време трајања конкретног уговора о спонзорству неће моћи да закључује друге уговоре о спонзор-

2 Јован Шурбатовић, *Менаџмент у спорту*, Београд, 2014, 263.

3 Rui Botica Santos, Alexandre Miguel Mestre, Francisco Raposo de Magalhaes, *Sports Law in Portugal*, Wolters Kluwer, New York, 2011, 356.

4 Reinhard Grohs, Heribert Reisinger, „Image transfer in sports sponsorships: an assessment of moderating effects“, *International journal of sports marketing and sponsorship*, Vol. 7, бр. 1/1999, 26.

5 Примера ради, имиц спортисте чини његово име, лик, спортски резултати којима се он идентификује у јавности. Спонзори користе спортски имиц зато што преко њега могу лакше, брже и квалитетније прићи потенцијалним потрошачима и купцима и обезбедити успех компаније на тржишту. Бројни спонзори везују се за спортисте, јер спорт представља образац здравља, младалачког стила живота и лепоте. Вредности које спортско спонзорство доноси спонзору су здрав, млад, енергичан, брз, живахан, мужеван.

ству. Ипак, уношење клаузуле о ексклузивности у уговор о спонзорству за последицу може имати то да спонзорској конкуренцији ограничи приступ тржишту спонзорства те услед тога може доћи до повреде конкуренције.

II Опште напомене о уговору о спонзорству

Уговор о спонзорству је уговор којим се једна уговорна страна, спонзор, обавезује другој уговорној страни, спонзорисаном, да ће му у циљу подршке његовим активностима исплатити одређену новчану суму, предати одређене ствари у својину, или на коришћење, пружити одређене услуге (спонзор може датовати комбинацију ових обавеза), а спонзорисани за узврат даје дозволу спонзору да у промотивне сврхе употребљава имиџ спонзорисаног, и обавезује се да ће на уговорени начин промовисати спонзора, његове производе, или услуге. Спонзори су у пракси најчешће правна лица и то привредна друштва, док се као спонзорисани у пракси појављују како физичка (нпр. спортисти), тако и правна лица (нпр. спортска удружења), а као посебна врста спонзорства може се издвојити спонзорство догађаја, при чему се уговор о спонзорству закључује са организатором спонзорисаног догађаја, који опет може бити како физичко, тако и правно лице.

Уколико у глобалу посматрамо уговор о спонзорству, могло би се рећи да се чинидба спонзора може одредити као чинидба подршке, док би се за спонзорисаног могло рећи да преузима комуникативну противчинидбу. Суштинско обележје свих уговора о спонзорству јесте чинидба подршке на страни спонзора, комуникативна противчинидба спонзорисаног и специфичан циљ уговора о спонзорству који се означава као „трансфер имиџа“. Међутим, чињеница је да у пракси не постоји јединствени тип уговора о спонзорству. На који начин ће се у конкретном случају манифестовати чинидба подршке и комуникативна противчинидба зависи од договора уговорних страна. Практично се може рећи да су обавезе уговорних страна из уговора о спонзорству, а нарочито обавезе спонзорисане стране ограничене једино маштом уговорних страна. Па ипак, у пракси су се на неки начин усталиле одређене обавезе које су карактеристичне за уговоре о спонзорству у појединим областима спонзорства и које се редовно уговарају.

Генерално, обавеза спонзора се увек састоји у томе да уплати одређени новчани износ, пренесе у својину, или преда на коришћење одређене ствари, или пружи одређене услуге спонзорисаном, или се пак ове обавезе

међусобно комбинују. Са друге стране, обавезе спонзорисаног су толико разноврсне да их је практично немогуће уоквирити. Ипак, обавезе спонзорисаног се на основу заједничких карактеристика могу груписати на обавезе којима спонзорисани дозвољава спонзору да у промотивне сврхе употребава имиц спонзорисаног, обавезе промовисања спонзора, тзв. обавезе доброг понашања и обавезе које произилазе из клаузуле ексклузивности.

Употреба имица спонзорисаног у промотивне сврхе у пракси се остварује на начин да спонзор заправо стиче дозволу да употребава име, лик, или знакове разликовања спонзорисаног као саставне делове имица. Обавеза промовисања спонзора у пракси уговора о спонзорству обухвата веома различите обавезе. Ипак, с обзиром на неке заједничке карактеристике могу се сврстати у три групе. Тако, у прву групу спадају обавезе које би се с обзиром на њихове заједничке карактеристике могле означити као обавезе указивања на спонзора и обухватају обавезу спонзорисаног да на видно место истакне знакове разликовања спонзора, као и обавезу да спонзорисани у јавности истиче пословно име спонзора. У другу групу спадају обавезе које би се с обзиром на њихове заједничке карактеристике могле одредити као обавезе активног промовисања спонзора и састоје се практично у учествовању спонзорисаног у различитим маркетиншким активностима за спонзора. И у трећу групу спадају обавезе које свакако представљају неки вид промоције спонзора и редовно се уговарају у пракси, али услед њихове разноврсности и услед тога што немају других заједничких карактеристика то онемогућава њихово сврставање у једну од претходно наведених група. Као најзначајнија обавеза спонзорисаног из ове групе може се издвојити обавеза спонзорисаног да у јавности употребава само производе које му је спонзор ставио на располагање. Обавезе доброг понашања се испољавају у два вида. Прво, спонзорисани се обавезује да се током трајања уговора о спонзорству уздржи од свих поступака који могу директно утицати на имиц спонзора негативно. Друго, спонзорисани се обавезује да се током трајања уговора о спонзорству уздржи од свих поступака који могу негативно утицати на његов имиц. Уношење клаузуле о ексклузивности у уговор о спонзорству ће као практичну последицу имати то да спонзорисани за време трајања конкретног уговора о спонзорству неће моћи да закључује друге уговоре о спонзорству.

По питању правних карактеристика уговора о спонзорству, може се рећи да је уговор о спонзорству неформалан, двострано обавезан, теретан, уговор са трајним извршењем обавезе, каузалан, индивидуалан, самосталан, уговор о коме се може закључити предуговор, комутативан,

а који може садржати елементе алеаторности,⁶ уговор са споразумно одређеном садржином, уговор који може бити закључен и као уговор *intuitu personae*, или без обзира на својства личности и *sui generis* уговор.⁷

III Клаузула ексклузивности и уговор о спонзорству

Као што смо већ рекли, уколико више спонзора спонзорише исто физичко, или правно лице, или догађај, то у најмању руку може ублажити очекивани трансфер имиџа. Зато ће спонзори свакако бити заинтересовани за ексклузивност. Уношење клаузуле о ексклузивности у уговор о спонзорству ће као практичну последицу имати то да спонзорисани за време трајања конкретног уговора о спонзорству неће моћи да закључује друге уговоре о спонзорству. Ипак, то се ретко дешава у пракси.

Најчешће, у пракси, спонзорисано физичко, или правно лице, или догађај имају више спонзора. Тада се они означавају као ко-спонзори. Притом, могу се поделити на главне и споредне спонзоре у зависности од тога колики је њихов допринос и колика промотивна права имају у погледу спонзорисаног физичког, или правног лица, или догађаја. Тако, главни спонзор даје највећи новчани износ, а за узврат стиче промотивна права у већем обиму у односу на споредне спонзоре. У домаћој пракси закључења уговора о спонзорству са више спонзора, они се означавају као златни, сребрни и бронзани спонзори. Златни спонзор даје највећи новчани износ, а за узврат стиче промотивна права у већем обиму у односу на сребрне и бронзане спонзоре. Ипак, и у случају да истог спонзорисаног спонзорише више спонзора, они ће у најмању руку бити заинтересовани за обезбеђење ексклузивности у оквиру делатности коју обављају, или производа које производе, или продају. У таквом случају, спонзорисани неће моћи да закључује уговоре о спонзорству са конкурентима већ постојећих спонзора.

IV Уговор о ексклузивном спонзорству и повреда конкуренције

Уношење клаузуле о ексклузивности у уговор о спонзорству за последицу може имати то да спонзоровој конкуренцији ограничи приступ тржишту спонзорства те услед тога може доћи до повреде конку-

6 Примера ради, уколико би за спонзора уговором о спонзорству била предвиђена исплата премија спонзорисаном у зависности од његових спортских резултата, уговор о спонзорству садржаће елементе алеаторности.

7 Max Kindler, *Sportsponsoring. Vertragsrechtliche Aspekte des Sportsponsoring im Österreichischen Recht*, Grin Verlag, 2009, 25-29.

ренције. Конкретно, може се тумачити као рестриктиван споразум, а рестриктивни споразуми су забрањени и ништави, осим уколико се не могу подвести под дозвољене изузетке. Према нашем Закону о заштити конкуренције, рестриктивни споразуми су споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ, или последицу значајно ограничавање, спречавање, или нарушавање конкуренције на територији Републике Србије, а могу се јавити у виду уговора, појединих уговорних одредби, изричитих, или прећутних договора, усаглашене праксе, као и одлука облика удруживања учесника на тржишту, а којима се нарочито:

- 1) непосредно, или посредно утврђују куповне, или продајне цене, или други услови трговине;
- 2) ограничава и контролише производња, тржиште, технички развој, или инвестиције;
- 3) примењују неједнаки услови пословања на исте послове у односу на различите учеснике на тржишту, чиме се учесници на тржишту доводе у неповољнији положај у односу на конкуренте;
- 4) условљава закључивање уговора, или споразума прихватањем додатних обавеза које с обзиром на своју природу и трговачке обичаје и праксу нису у вези са предметом споразума;
- 5) деле тржишта, или извори набавки.

Рестриктивни споразуми су забрањени и ништави, осим у случајевима изузећа од забране.⁸ Рестриктивни споразуми могу бити изузети од забране уколико доприносе унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког, или економског напретка, а потрошачима обезбеђују правичан део користи под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума, односно да не искључују конкуренцију на релевантном тржишту, или његовом битном делу.⁹

У нашем праву се сматра да је сваки споразум дозвољен, ако се не докаже да ограничава конкуренцију.¹⁰ Сходно томе, уговор о ексклузивном спонзорству *није а priori* недозвољен, већ само уколико сам начин његовог закључења, или клаузуле које садржи имају за циљ, или могу имати као последицу ограничавање, нарушавање, или спречавање конку-

8 Закон о заштити конкуренције, *Сл. гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013, чл. 10.

9 Закон о заштити конкуренције, чл. 11.

10 Весна Бесаровић, „Рестриктивни споразуми и злоупотреба доминантног положаја на тржишту Републике Србије у светлу комунитарног законодавства“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције*, књига 5, Београд, 2010, 15.

ренције на конкретном тржишту спонзорства. Како у пракси Комисије за заштиту конкуренције није било решења која су се тичала спонзорства, да бисмо донели закључак о томе када је уговор о ексклузивном спонзорству дозвољен, послужићемо се богатом праксом француског Савета, а касније Ауторитета за конкурентност, која се углавном тичала спонзорства у спорту. Према француском Закону о трговини, између компанија забрањене су усаглашене праксе, споразуми, изричитни, или прећутни договори и коалиције који на директан, или индиректан начин имају за циљ, или могу имати за последицу спречавање, ограничавање, или нарушавање конкуренције на тржишту, а нарочито ако:

- 1) ограничавају приступ тржишту, или слободу остваривања конкуренције од стране других компанија;
- 2) ометају тржишно утврђене цене и вештачки подстичу њихов раст, или пад;
- 3) ограничавају, или контролишу тржиште, инвестиције, или технички напредак;
- 4) деле тржиште, или изворе снабдевања.¹¹

Рестриктивни споразуми могу бити изузети од забране уколико се докаже да могу имати ефекат који осигурава економски напредак, укључујући стварање, или задржавање радних места и ако омогућују потрошачима правичан део користи и под условом да учесницима на тржишту не омогућују елиминисање конкуренције у значајном делу.¹² Споразум о ексклузивитету сам по себи није недозвољен.¹³ За почетак ћемо навести најзначајнији случај повреде конкуренције закључењем уговора о спонзорству који датира из 1995. године, и везан је за закључење уговора о спонзорству између Националне фудбалске лиге Француске и фирме Адидас.

Национална фудбалска лиге Француске је закључила уговор о ексклузивном спонзорству са фирмом Адидас у трајању од 5 година, који је подразумевао да фирма Адидас опреми својом спортском опремом клубове прве и друге фудбалске лиге Француске који би у тој опреми наступали, као, и да исплати 9,15 милиона евра годишње Националној фудбалској лиги Француске. Након тога је Национална фудбалска лига Француске приморала клубове прве и друге лиге Француске да и они закључе уговоре о спонзорству са фирмом Адидас. Многи од клубова прве и дру-

11 Закон о трговини Републике Француске из 2017. године (фр. *Code de commerce*), чл. 420-1.

12 *Code de commerce*, чл. 420-4-1-2.

13 David Bosco, *L'obligation d'exclusivité*, Bruylant, 2008, 14.

ге лиге Француске су се писмом обраћали Националној фудбалској лиги Француске указујући да су спремни да закључе уговор о спонзорству са фирмом Адидас и да превремено раскину већ постојеће уговоре о спонзорству које су имали са другим произвођачима спортске опреме, али да ће им то проузроковати знатну материјалну штету јер су исти запретили да ће се обратити судовима и тражити надокнаду штете. Ипак, у наредном периоду су то и учинили и сви клубови прве и друге лиге Француске су закључили уговоре о спонзорству са фирмом Адидас, такође у трајању од 5 година, уз превремени раскид већ постојећих уговора о спонзорству које су имали са другим произвођачима спортске опреме.

Такође, уговор о спонзорству са фирмом Адидас садржао је клаузулу по којој је Национална фудбалска лига Француске, а исту клаузулу су садржали и уговори о спонзорству са фирмом Адидас клубова прве и друге лиге Француске, била у обавези да најкасније 4 месеца пре истека уговора о спонзорству достави фирми Адидас копију предлога конкурентских произвођача спортске опреме за закључење уговора о спонзорству, а фирма Адидас ће имати на располагању 30 дана за процену ових предлога и свог права приоритета у погледу закључења новог уговора о спонзорству под истим условима.

Услед тога, најпре фирма Рибок, а затим и остали произвођачи спортске опреме који су имали закључене уговоре о спонзорству са клубовима прве и друге лиге Француске и који су услед претходно наведених догађаја били превремено раскинути, покренули су пред Саветом за конкурентност поступак за испитивање повреде конкуренције против фирме Адидас и Националне фудбалске лиге Француске. Савет за конкурентност је на основу спроведеног поступка испитивања повреде конкуренције донео решење којим је утврдио повреду конкуренције у вези члана 420-1 Закона о трговини који у француском праву регулише рестриктивне споразуме.

У образложењу је наведено да уговору о спонзорству Националне фудбалске лиге Француске закљученом са фирмом Адидас није претходило конкурс услед чега није дата могућност другим произвођачима спортске опреме конкурентним фирми Адидас да дају своје понуде за закључење уговора о спонзорству Националне фудбалске лиге Француске. Такође, трајање уговора о спонзорству од 5 година Савет за конкурентност је сматрао сувише дугим с обзиром да се односио на све клубове прве и друге лиге Француске, а узевши у обзир да трајање других уговора о спонзорству других произвођача спортске опреме са клубовима прве и друге лиге

Француске који су у међувремену раскинути није прелазило 4 године. Осим тога, како је фирма Адидас већ била спонзор Купа лиге и Купа Француске, обим ексклузивног спонзорства се односио на 60% утакмица које преноси француска национална телевизија. Такође је узета у обзир клаузула по којој је Национална фудбалска лига Француске, као и клубови прве и друге лиге Француске, била у обавези да најкасније 4 месеца пре истека уговора о спонзорству достави фирми Адидас копију предлога конкурентских произвођача спортске опреме за закључење уговора о спонзорству, а фирма Адидас ће имати на располагању 30 дана за процену ових предлога и свог права приоритета на закључење уговора о спонзорству под истим условима.

Дакле, сам начин закључења уговора о спонзорству, његово трајање, обим ексклузивних права уступљених фирми Адидас, као и клаузула приоритета коју садржи имали су за последицу ограничење конкуренције на тржишту спортске опреме. Фирма Адидас и Национална фудбалска лига Француске су покушали да уговор о спонзорству подведу под дозвољене изузетке на основу члана 420-4-1-2 Закона о трговини. Ипак, Савет за конкурентност је сматрао да се овај изузетак не може односити на интересе спортских организација где би та пракса имала за циљ, или могла имати за последицу да трајно ограничи конкуренцију на тржишту спортске опреме и да утиче на потрошаче који би такве производе хтели, те сходно томе, није могуће остварити економски напредак а да се не поремети конкурентност на тржишту.¹⁴

Дакле, можемо закључити да би уговор о ексклузивном спонзорству био дозвољен, потребно је пре његовог закључења спровести конкурс, затим ограничити његово трајање и обим ексклузивитета, као и изоставити клаузуле о праву приоритета. И у другим одлукама Савета и Ауторитета за конкурентност су потврђени ови ставови.

У другом случају повреде конкуренције који датира из 1998. године, Француски савез боћања је закључио уговор о спонзорству са фирмом *La boule integrale* по коме је фирма *La boule integrale* користила различите ексклузивитете у погледу рекламе и промоције. Француски савез боћања је фирми *La boule integrale* ставио на располагање ексклузивно место за изложбени штанд и продају њених производа на свим националним такичењима и ексклузивност рекламе у свим бројевима часописа *Sport boule Magazine*, а фирма *La boule integrale* се обавезала да Француском савезу боћања

14 Conseil de la concurrence, Décision n° 97D71 du 7 octobre 1997.

исплати 13270 евра без пореза и да обезбеди дотацију у опреми и наградама у висини 1524 евра. Савет за конкурентност је утврдио повреду конкуренције из члана 420-1 Закона о трговини, јер услови под којима је закључен овај уговор о спонзорству, као и клаузуле које садржи на директан, или индиректан начин имају за циљ, или могу имати за последицу ограничење конкурентског надметања на тржишту. Закључењу уговора о спонзорству није претходио конкурс, а ексклузивитет се односио на регионална и окружна такмичења.¹⁵ Дакле, и овде произилази да закључењу уговора о ексклузивном спонзорству мора претходити конкурс, као и да се обим ексклузивитета мора ограничити, како би се сматрао дозвољеним.

Следећи случај повреде конкуренције односио се на уговор о спонзорству који је Француски мачевалачки савез закључио са фирмом *Prieur sports*. Овим уговором о спонзорству Француски мачевалачки савез је у замену за техничку подршку у време такмичења које организује ставио на располагање фирми *Prieur sports* место у ограђеном такмичарском простору за излагање и продају својих производа и промоцију своје фирме. Савет за конкурентност је установио повреду конкуренције из члана 420-1 Закона о трговини, јер је споразум имао за циљ, или је могао да има за последицу директно, или индиректно ограничавање приступа датом тржишту. Иако је закључењу уговора о спонзорству претходио конкурс, повреда конкуренције је проистекла из клаузуле о трајању уговора о спонзорству од 4 године, као и клаузуле о прећутном продужењу.¹⁶ Дакле, опет можемо закључити да треба ограничити трајање уговора о ексклузивном спонзорству како би био дозвољен.

Савет и Ауторитет за конкурентност у Француској сматрали су да постоји повреда конкуренције на само у случајевима неспровођења конкурса пре закључења уговора о ексклузивном спонзорству, већ и у случају одсуства довољне рекламе услед чега би друге фирме биле спречене да одговоре на конкурс, као и одсуства довољних информација за формирање понуде и учествовање на конкурс.¹⁷ У француском праву код спонзорства у спорту обавеза спровођења конкурса пре закључења уговора о ексклузивном спонзорству важи за савезе и професионалне лиге, али не и за спортисте, клубове и организаторе спортских приредби.¹⁸

15 CA Paris 20 oct. 1998.

16 Conseil de la concurrence, Décision n° 98-D-31 du 13 mai 1998.

17 L'Autorité de la concurrence, Décision n° 09-D-31 du 30 septembre 2009.

18 Jean-Michel Marmayou, Fabrice Rizzo, *Contrats de sponsoring sportif*, Paris, 2010, 207.

V Закључак

На основу наведеног, можемо закључити да би уговор о ексклузивном спонзорству био дозвољен, потребно је пре његовог закључења спровести конкурс. Надаље, потребно је ограничити његово трајање. Трајање мора бити прилагођено положају на тржишту који има конкретни спонзор. Што је положај спонзора доминантнији, трајање уговора о ексклузивном спонзорству мора бити краће и обрнуто, што је положај спонзора мање доминантан уговор о ексклузивном спонзорству може трајати дуже. Такође, потребно је ограничити обим ексклузивитета који се уступа спонзору, као и изоставити клаузуле о праву приоритета спонзора у погледу закључења новог уговора о спонзорству.

Milan JEČMENIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Kragujevac

SPONSORSHIP AGREEMENT AND VIOLATION OF COMPETITION THROUGH THE PRACTICE OF THE FRENCH COUNCIL (AUTHORITY) FOR COMPETITIVENESS

Summary

Sponsorship contracts regularly contain exclusivity clause in favor of the sponsor. Entering the exclusivity clause in the contract of sponsorship can result in a competition that restrict market access sponsorships and thus can result in a breach of the competition. How exclusivity agreement itself is not allowed, the attention of the author of this work is precisely the question of under what circumstances exclusivity clause in the contract of sponsorship can lead to infringement of the competition. This issue will consider the practice of the French Council, and subsequently the Authority for Competitiveness.

Key words: *sponsorship contract, exclusivity clause, violation of competition, restrictive agreements.*

ФИНАНСИЈСКА ТРЖИШТА

Rainer KULMS, Priv.-Doz., Dr. iur., LL.M.

**Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative
and International Private Law, Hamburg, Germany**

CROWDLENDING – AN ALTERNATIVE TO BANKING

Summary

Online platforms have come to be used as alternative channels for raising funds. Projects are presented on internet platforms to attract investors who seek a return without the involvement of an intermediary. Peer-to-peer finance has its origins in lending clubs where borrowers arranged a loan at lower cost. Peer-to-peer lending, loan-based crowdfunding or crowdlending has evolved into complicated financing models whereby smaller and medium-sized companies, including start-ups benefit from a secondary market for securities and loans. This paper will survey the law and economics of crowdlending scenarios. It will then assess current private contracting concepts before it portrays regulatory patterns on crowdlending in the EU, the UK, Germany, France and the US. A section on auto-bidding and the potential of blockchain technology for online lending without intermediaries concludes.

Key words: *online platforms, crowdlending, FinTech, auto-bidding and blockchain technology.*

I Traditional Banking – An Endangered Species?

1. New Financing Techniques after the Financial Crisis

The financial crisis has left its mark on traditional banking. Small and medium-sized enterprises have come to find it increasingly difficult to obtain

loans for investment projects from traditional credit institutions.¹ Instead, on-line platforms are used as alternative channels for raising funds. Fund-seekers present their projects via internet platforms in order to attract investors who seek a return without the involvement of an intermediary.² The United Kingdom (UK) Financial Conduct Authority (FCA) distinguishes crowdfunding for equity investments from loan-based crowdfunding, but has decided to adopt a unitary regulatory approach.³ The European Commission traces “crowdfunding ... [back] to an open call to the public to raise funds for a specific project”. In its original form, crowdlending or peer-to-peer lending refers to loan agreements concluded between people who have ‘met’ on an internet platform.⁴

Peer-to-peer finance has its origins in lending clubs in the UK and the USA where borrowers bypassed banks in order to arrange a loan at lower cost.⁵ The purest form of peer-to-peer-transactions can still be found in unsecured consumer loan. Pledges are made and collected with the help of the platform. A 2016 study by the European Commission on the pre-Brexit crowdfunding market locates the majority of live platforms in the UK, followed by France and Germany.⁶ 30% of the platforms assessed by the Commission study focused on reward-based crowdfunding, 23% on equity crowdfun-

1 See European Commission, Commission Staff Working Document, Crowdfunding in the EU Capital Markets Union (SWD(2016) 154 final (Brussels 3 May 2016, available at <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2016/EN/10102-2016-154-EN-F1-1.PDF>).

2 For an introductory survey see M. M. Gierczak *et al.*, in: D. Brüntje, O. Gajda (eds.), *Crowdfunding in Europe – State of the Art in Theory and Practice*, Springer International Publishing Zurich 2016, 7 et seq.

3 Financial Conduct Authority (FCA), A review of the regulatory regime for crowdfunding and the promotion of non-readily realisable securities by other media (London February 2015, available at <https://www.fca.org.uk/publication/thematic-reviews/crowdfunding-review.pdf>); see also the assessment of crowdfunding models by the European Banking Authority (EBA), Opinion of the European Banking Authority on lending-based crowdfunding (EBA/Op/2015/03, 26 February 2015, available at <https://www.eba.europa.eu/-/eba-recommends-convergence-of-lending-based-crowdfunding-regulation-across-the-eu>).

4 When reviewing its policy, the FCA focused on peer-to-peer lending (individuals) or peer-to-business lending, or a combination thereof: FCA, Policy Statement PS14/4, The FCA’s regulatory approach to crowdfunding over the internet and the promotion of non-readily realisable securities by other media – Feedback to CP 13/13 and final rules (London March 2014, available at <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps14-04.pdf>), at p.11.

5 A. Milne, P. Parboteeah, “The Business Models and Economics of Peer-to-Peer Lending”, European Credit Research Institute, Research Report No. 17 (May 2016, available at https://www.ceps.eu/system/files/ECRI_RR17_P2P_Lending.pdf), at p. 3 et seq.

6 European Commission, Crowdfunding in the EU Capital Markets, *supra* sub FN 1.

ding and 21% on loan-based crowdfunding.⁷ The UK came first on the market for equity crowdfunding (89m € raised), followed by France (19m € raised) and Germany (18m € raised).⁸ On the market for loans for crowdfunding projects the UK occupied the top position with 1.6bn € raised.⁹ Much smaller volumes were raised in Estonia with 17m € and France with 12m €.¹⁰

Over the past years, peer-to-peer lending has evolved into complicated financing models whereby smaller and medium-sized companies, including start-ups, benefit from a secondary market for securities and loans.¹¹ Crowdfunding platforms adopt a more active role by devising securitisation schemes through an intermediate vehicle which might also operate to bridge a mismatch of maturities.¹² Alternatively, the platform chooses to invest itself in the project which is offered online.¹³ These developments have caught the attention of securities and banking regulators.¹⁴ Current regulatory concepts do not facilitate cross-border crowdfunding.¹⁵ However, regulation might be overtaken by reality¹⁶ as crowdfunding is on the brink of becoming automatic. Some platforms are already applying auto-bidding or auto-allocation processes¹⁷ whereby ‘smart contracts’, i.e. algorithms organise matching processes

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 See *infra* sub II.1.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*

14 See S. N. Hooghiemstra, K. de Buysere, in: Brüntje, Gajda (eds.), 135 et seq. on the European regulators assessing “the perfect regulation of crowdfunding”; C. Busch, V. Mak, “Peer-to-peer lending in the European Union”, *EuCML* 2016, 181 et seq.; J. Veith, “Crowdlending – Anforderungen an die rechtskonforme Umsetzung der darlehensweisen Schwarmfinanzierung”, *BKR* 2016, 184 et seq.

15 Cf. S. N. Hooghiemstra, K. de Buysere, in: Brüntje, Gajda (eds.), 164, the European Commission on the key challenges for crowdfunding in the EU in: European Commission, Communication from the Commission, Unleashing the potential of Crowdfunding in the European Union (COM(2014) 172 final, Brussels 27 March 2014, available at http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/crowdfunding/140327-co; BBVA Research, Digital Economy Watch, Crowdfunding in 360°: alternative financing for the digital erammunication_en.pdf), and the survey over regulatory activities with respect to crowdfunding by Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (30 January 2015, available at https://www.bbva-research.com/wp-content/uploads/2015/02/Crowdfunding_Watch.pdf).

16 See on the developments in the market for crowdfunding platforms: S. Appleton, “Funding Crowds Move into the Financial Mainstream”, 69 No.5 IBA Global Insight 16 (19 et seq.) (October/November 2015).

17 See Financial Times online 9 December 2016, “FCA proposes tougher rules for peer-to-peer lending” (available at <https://www.ft.com/content/ae38b8c9-a44f-3bff-8c26-ee15940705e4>); Lendin-

between lenders' bids and borrowers without any human intervention.¹⁸ It requires little imagination to envisage digitised crowdfunding scenarios in an environment without borders.¹⁹

2. Outline of the Paper

This paper will first introduce a typology of crowdlending scenarios and the underlying economics. It will then assess to what extent legal concepts on internet platforms and intermediaries are applicable to the crowdfunding context where online contracting problems overlap with the need for transparency on the market for financial instruments. Within the framework of this paper it is only intended to introduce a survey over regulatory patterns in some jurisdictions. Ultimately, regulators will have to ascertain whether mandatory law should focus on the consumer-investor or the sophisticated investor less in need of disclosure and non-optional rules for contracting. A section on auto-bidding and the (revolutionary) potential of blockchain technology for peer-to-peer lending without intermediaries concludes.

II The Law and Economics of Crowdlending

1. The Economic Incentives

Compared to the volumes of traditional finance peer-to-peer lending still occupies a niche on the market for loans.²⁰ But peer-to-peer and peer-to-business lending has experienced exceptional growth rates so that both, regulators and consumer organisations are beginning to take a closer look.²¹ Borrowing via online platforms is a viable alternative for small and medium-sized enterprises and for start-ups which have been denied a loan by their bank.²²

gCrowd, Automated Investments with Autobid (Blog 12 June 2015, available at <https://www.lendingcrowd.com/blog/automated-investments-autobid/>), and infra sub III.3.

18 See Press Release by ThinCats, a UK peer-to-business lending platform, of 19 November 2013 "Auto-lending introduction" (available at <https://www.thincats.com/wp-content/uploads/2015/10/auto-lending.pdf>), and infra, sub III.3.

19 See M. Ulieru, in: P. Tasca et al. (eds.), *Banking Beyond Banks and Money – A Guide to Banking Services in the Twenty-First Century*, Springer International Publishing, Zurich 2016, 297 (299 et seq.) on the potential of blockchain technology for peer-to-peer platforms.

20 C. Savarese, "Crowdfunding and P2P lending: which opportunities for Microfinance?", *European Microfinance Magazine*, May 2015, 1 (5 et seq.) (available at <http://www.european-microfinance.org/index.php?rub=publications&pg=emn-magazines&spg=emn-magazine-crowdfunding-may-2015>).

21 See infra sub III.

22 C. Savarese, "Crowdfunding and P2P lending", supra sub FN 20.

Moreover, changes in societal behaviour have generated fundraising campaigns via online platforms for community projects and social networks.²³ Football clubs approach their members to lend via an online platform to address financial problems of ‘their’ club.²⁴

Peer-to-peer lending builds on positive externalities for fundraisers, lender-investors and the markets for alternative finance.²⁵ Efficient crowdfunding mechanisms imply low transaction costs, attractive interest rates and a level of information on the investment project which addresses risk concerns by potential lenders.²⁶ Ultimately, the success of loan-based crowdfunding depends on competitive markets which generate transparent pricing processes.²⁷ Agrawal et al. mention crowdfunding designs which allow for pre-selling schemes so that a quality signal would ultimately determine the decision to sign up for a contribution to the crowdfunding project.²⁸ For the project-owner, such a mechanism has the advantage of producing an early feedback,²⁹ but it also hinges critically on the size of the platform and the competitive scenario under which a platform operates. Prosper.com, a US-based platform, operates a rudimentary credit-rating system whereby a credit grade is assigned to reflect the borrower’s charac-

-
- 23 See S. Freedman, G. Zhe Jin, “Do Social Networks Solve Information Problems for Peer-to-Peer Lending? Evidence from Prosper.com”, NETInstitute www.NETinst.org Working Paper No. 08-43 (November 2008, available at <http://www.fas.nus.edu.sg/ecs/events/seminar/seminar-papers/12Mar09.pdf>); Milne, Parboteeah, “Peer-to-Peer Lending”, supra sub FN 5, at p. 5 et seq., and infra sub II.
- 24 Welt 24 online 1 April 2016, “Wie man in neun Minuten eine Million Euro bekommt” (available at <https://www.welt.de/finanzen/article153877718/Wie-man-in-neun-Minuten-eine-Million-Euro-bekommt.html?wtrid=socialmedia.email.sharebutton>).
- 25 P. Belleflamme, N. Omrani, M. Peitz, *The Economics of Crowdfunding Platforms*, Centre for Operations Research and Econometrics, Université catholique de Louvain, Discussion Paper 2015/15 (March 2015), at 16 et seq. (available at https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/core/documents/redp2015_15web.pdf).
- 26 See C. Savarese, “Crowdfunding and P2P lending”, supra sub FN 20, at p. 8 et seq.
- 27 See Z. Wei, M. Lin, “Market Mechanisms in Online Peer-to-Peer Lending”, *Management Science* 2017 (forthcoming) (available at https://cdn.questromworld.bu.edu/platformstrategy/files/2015/06/platform2015_submission_20.pdf).
- 28 A. Agrawal, C. Catalini, A. Goldfarb, “Some Simple Economics of Crowdfunding”, National Bureau of Economic Research Working Paper Series, Working Paper 19133 (June 2013) (available at <http://www.nber.org/papers/w19133>).
- 29 Cf. J. Viotto da Cruz, “Beyond financing: crowdfunding as an informational mechanism” (April 2016, available at <http://unice.fr/laboratoires/greddeg/contenus-riches/documents-telechargeables/evenements-1/papiers-3en/jordana-viotto.pdf>).

teristics and the totality of successful designs.³⁰ The credit grade awarded by Prosper.com translates into the fees charged from lenders. Prosper accepts lenders to establish groups headed by a group leader who may offer advice and recommendations on specific project campaigns.³¹

Funders, i.e. potential lender-investors, have more heterogeneous motives in committing their contributions to a project originating from a platform.³² After capital market law has lifted restrictions for non-sophisticated investors to purchase equity via online platforms, this group is beginning to explore investment facilities within new product developments. Apart from community-motivated commitment buyer-lenders invest via platforms in order to get early access to new products and to new ideas.³³ It is as yet unclear whether platforms and their offers for crowdlending live up to investors' expectations for a return higher than what current interest rates at banks can offer. Empirical evidence from the USA and the UK suggests that platforms rely on institutional investors to maintain growth rates.³⁴

Most crowdfunding platforms operate for profit.³⁵ They charge a fee for successful projects so that there is an incentive to attract a maximum of projects.³⁶ Media coverage of successful projects generates network effects, attracting new activities for platforms.³⁷ In this context, platforms have established internal control mechanisms in order to maximise the volume of transactions while accommodating users' in fair dealing. Although platforms do not undertake due diligence of the project proposal themselves,³⁸ mechanisms for signalling quality are in effect.³⁹ Apart from fraud detection, this includes data

30 See Z. Wei, M. Lin, "Market Mechanisms", supra sub 27; P. Belleflamme, N. Omrani, M. Peitz, supra sub 25.

31 *Ibid.*

32 A. Agrawal, C. Catalini, A. Goldfarb, supra sub FN 28.

33 Cf. *ibid.*

34 Milne, Parboteeah, "Peer-to-Peer Lending", supra sub FN 5, at p. 20.

35 A. Agrawal, C. Catalini, A. Goldfarb, supra sub FN 28.

36 On the price structure of crowdfunding platforms see P. Belleflamme, N. Omrani, M. Peitz, supra sub FN 25.

37 A. Agrawal, C. Catalini, A. Goldfarb, supra sub FN 28; P. Belleflamme, N. Omrani, M. Peitz, supra sub FN 25.

38 Bundesverband crowdfunding, Press Release 24 May 2016, Bundesverband Crowdfunding äußert sich zum Thema Due Diligence bei Reward-Based Crowdfunding (<http://www.bundesverband-crowdfunding.de/2016/05/bundesverband-crowdfunding-aeussert-sich-zum-thema-due-diligence-bei-reward-based-crowdfunding/>).

39 E. Mollick, "The dynamics of crowdfunding : An exploratory study", *Journal of Business Venturing* 29 (2014), 1 (p. 4 et seq.).

on past performance, the management team of the borrower and detailed information on the project.⁴⁰ Members of the crowd contribute to reputation mechanisms by putting negative information on the web.⁴¹ A sequence of incoming investments will furnish information if early investors screened the investment project extensively.⁴² Under intensive competition, information about platforms with lower long-term performance will become available. Nonetheless, it is difficult to ascertain under what circumstances the negative effects of herding behaviour can be offset.⁴³ In the real world of Prosper.com scenarios of potential underfunding were addressed with a change of the pricing mechanism. The traditional auction-model for unsecured loans was replaced by posted prices for a bid.⁴⁴ As a corollary, there is evidence about Prosper.com platform lenders complaining about unsatisfactory returns due to a considerable number of loan defaults.⁴⁵

2. Private Contracting for Crowdlending

Both, the Board of International Organization of Securities Commissions (IOSCO)⁴⁶ and the European and Securities and Markets Authority (ESMA)⁴⁷ take a cautious approach towards crowdfunding and loan origination by funds. Within the context of this paper the diversity of national regulation on crowdfunding and loans allows only for a survey over regulatory patterns. But in view of current industry practice it is obvious that a combina-

40 E. Mollick, *Journal of Business Venturing* 29 (2014), 1 (p. 7 et seq.); cf. P. Belleflamme, N. Omrani, M. Peitz, *supra* sub FN 25.

41 See generally on reputation signalling in a crowdfunding context A. Agrawal, C. Catalini, A. Goldfarb, *supra* sub FN 28.

42 Cf. P. Belleflamme, N. Omrani, M. Peitz, *supra* sub FN 25.

43 See generally on herding and crowdfunding: P. Belleflamme, N. Omrani, M. Peitz, *supra* sub FN 25; J. Zhang, "The Wisdom of Crowdfunding", Federal Reserve Bank of Boston, Communities and Banking, Winter 2013, 30 (31) (available at http://jjzhang.scripts.mit.edu/docs/Wisdom_of_Crowdfunding.pdf).

44 M. Ling, Z. Wei, "Smart Money" in Online Crowdfunding (available at https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2015&paper_id=328).

45 M. Klafft, "Online Peer-to-Peer Lending: A Lender's Perspective" (2008, available at http://www.veecus.com/photo_presse/press_peertopeer.pdf).

46 Cf. The Board of the International Organization of Securities Commissions (IOSCO), Crowdfunding – 2015 Survey Responses Report (December 2015/FR29/2015, available at <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD520.pdf>), at p. 2 et seq.

47 Cf. European Securities and Markets Authority (ESMA), Opinion – Key Principles for a European Framework on loan origination by funds (11 April 2016/ESMA/2016/596, available at https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-596_opinion_on_loan_origination.pdf), at p. 3 et seq.

tion of private contracting and mandatory regulation is intended to reduce risk, information asymmetry and avert platform failure. Regulators will have to decide whether they assert an active role in shaping the market for loan-based crowdfunding by imposing mandatory contract terms.

Platforms have assumed the role of a gate-keeper⁴⁸ who controls *de facto* the access of start-ups and other owners of a project. The more projects a platform successfully brokers, the more customers will familiarise themselves with the contractual mechanisms employed by the platform or brokered by the platform. This does not imply, however, that the platform will be automatically liable for any misinformation passed via its online marketplace.⁴⁹ For crowdlending scenarios, practitioners combine standard contracts with the operator of the platform with fine-tuned stipulations for the deal at hand.⁵⁰ Potential investor-lenders register with an (internet) platform whereby the platform undertakes to facilitate the use of information stored in the platform's databases.⁵¹ This is essentially a brokering relationship under which the investor-lender is under a duty to supply truthful information. Depending on the structure of the specific crowdfunding project the investor will eventually conclude a loan agreement with the borrower, a bank cooperating with the platform or an intermediary organisation, typically an SPV.⁵² Conversely, the platform enters into a contractual relationship with the owner of the project, frequently start-up companies.⁵³ The contract between the platform and the owner of the project guarantees access to the platform, provided that the project owner passes a test of creditworth-

48 See Bundesverband crowdfunding, *Stellungnahme des Bundesverbandes für Crowdfunding e.V. zum Kleinanlegerschutzgesetz* (8. September 2016, available at http://www.bundesverband-crowdfunding.de/wp-content/uploads/2016/09/20160908_Bundesverband_Crowdfunding_KASG_Evaluation.pdf); German Crowdfunding Network (CGN), *Öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Kleinanlegerschutzgesetzes*, Bundestagsdrucksache 18/3994 – Schriftliche Stellungnahme (12 March 2016, available at https://www.bundestag.de/blob/365132/67770fd1ff66fa5ac2c114a4f132bd11/riethmueller--ra-dr--tobias--c_o-gsk-stoc-kmann---kollegen-data.pdf).

49 See generally on disclosure duties of internet intermediaries and the potential for liability of the platform's operator: J. Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries* (Oxford University Press Oxford 2016), at No. 4.65 et seq.

50 For an analysis from the perspective of German law: T. Polke, *Crowdlending oder Disintermediation in der Fremdkapitalvergabe – Eine Analyse der finanzmarktaufsichts- und gewerberechtigten Regulierung in Deutschland* (Duncker & Humblot Berlin 2017), p. 42 et seq. (commenting on the basic contractual structure of a crowdlending transaction).

51 Polke, supra sub FN 50, at p. 42 et seq.

52 Polke, supra sub FN 50, at p. 45 et seq.

53 Polke, supra sub FN 50, at p. 46 et seq.

hiness.⁵⁴ If a bank pays out the credit to the owner of the project, the platform undertakes to use its good efforts to bring about the loan agreement.⁵⁵ At this stage, the contractual structure varies from jurisdiction to jurisdiction. If national banking or capital market laws authorise direct crowdlending platforms, lenders and borrowers will sign the loan agreement directly.⁵⁶ Alternatively, investors may establish a trust instrument or a mandate, empowering the platform to grant the loan on their behalf and collect payments from the borrower afterwards.⁵⁷ If national law classifies crowdlending platforms as banks, a more complicated structure is chosen,⁵⁸ contracting happens in the shadow of banking law: A fully licensed bank assumes the functions of an SPV which has a direct contractual relationship, *inter alia*, with the investors.⁵⁹ Thus, investors feed their funds into the bank which would then conclude a loan agreement with the project-owner. The bank assigns its claims for the repayment of the loan to the investors who never enter into a direct loan agreement with the debtor, i.e. the project owner or the start-up company.⁶⁰ There are more sophisticated versions of this model on the market whereby the bank securitises its repayment claim to the investors who will then receive the project-owner's repayment as interest on their investment into a securitisation scheme,⁶¹ originally offered via an online platform.

54 Polke, *supra* sub FN 50, at p. 49 et seq.

55 For a detailed analysis of the structure of the contractual relationship between the operator of the platform and the cooperating bank: Polke, *supra* sub FN 50, at p. 53 et seq.

56 BBVA Research, Crowdfunding, *supra* FN 15, at p. 26 et seq.

57 *Ibid.*

58 See BaFin (Federal Financial Supervisory Authority), Crowdlending – Supervisory Information (available at https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Crowdfunding/Crowdlending/crowdlending_node.html); BaFin, Interpretative Note on Crowdlending (Auslegungsschreiben zum Crowdlending) (Berlin 9 October 2015, available at https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentscheidung/WA/ae_151009_crowdlending.html) (on German law); CrowdfundingHub, European Expertise Centre for Alternative and Community Finance, Current State on Crowdfunding in Europe (Amsterdam 2016, available at http://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Entrepreneurship_Centre/Docs/OxEPR2/current-state-crowdfunding-europe-2016.pdf), at p. 61 et seq. (on Swiss law).

59 See Deutsche Bundesbank, Financial Stability Review 2016, at p 60 et seq. (Frankfurt/Main 2016, available at https://www.bundesbank.de/Redaktion/EN/Downloads/Publications/Financial_Stability_Review/2016_financial_stability_review.pdf?__blob=publicationFile).

60 *Ibid.*, at p. 61; Polke, *supra* sub FN 50, at p. 63 et seq.

61 See G. Dorfleitner, L. Hornuf, “FinTech-Markt in Deutschland – Abschlussbericht” (17 October 2016, available at http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Internationales_Finanzmarkt/2016-11-21-Gutachten-Langfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=1); at p. 72

German practice has found a way of bypassing the banking law approach to platforms. Since participations in silent partnerships do not qualify as securities, many platform-related contracts are structured as silent partnerships subject to the law of obligations.⁶² There is a trend that silent partnership arrangements will be overtaken by subordinated participating loans.⁶³

III Regulating the Market for Crowdfunding

1. European Law Applicable to Crowdfunding

Online platforms for crowdfunding operate at the intersection between the EU's policy for the single digital market agenda and the Commission's programme for a capital markets union.⁶⁴ The Commission classifies crowdfunding as a challenge for its capital markets policy, but acknowledges the potential of FinTech and its technological innovations for intermediaries and its users.⁶⁵ In fleshing out its regulatory strategy on crowdfunding the Commission pursues a risk-informed approach.⁶⁶ Adequate information for investors,⁶⁷ the insolvency of platform operators, conflicts of interest and the security of data are crucial challenges for regulators.⁶⁸ This goes along with general concerns for fraudulent activities to the detriment of both investors and the project owners.⁶⁹ As crowdfunding moves into more complicated structures risk insurance issues and the questions of marketability of repayment claims become more pressing.⁷⁰

In the EU, cross-border crowdfunding is insignificant due to regulatory fragmentation between the Member States. As EU capital market law is only pertinent to some extent, there is no general European passport for crowdfunding instruments. A coherent approach by the Member States is greatly

62 BaFin, J. Begner, "Crowdfunding im Licht des Aufsichtsrecht" (5 September 2012, available at https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2012/fa_bj_2012_09_crowdfunding.htm); see also for Austrian law: E. Brandl, R. Toman, in: G. Saria, F. Stocker (eds.), *Unternehmensanleihen und Crowdfunding* (Wien Manz 2015), 146 (148).

63 S. Herr, U. Bantleon, "Crowdinvesting als alternative Unternehmensfinanzierung – Grundlagen und Marktdaten in Deutschland", *DSiR* 2015, 532 (533).

64 For a survey over the regulatory challenges at the EU level: I. A. Boitan, "Crowdfunding and Financial Inclusion – Evidence from EU Countries Economic Alternatives" (4) (2016), 418 (425 et seq.).

65 European Commission, *Crowdfunding in the EU Capital Markets*, supra sub FN 1, at p. 3 et seq.

66 *Ibid.*, at p. 16 et seq.

67 *Ibid.*, at p. 21 et seq.

68 *Ibid.*, at p. 25 et seq.

69 *Ibid.*, at p. 15 et seq.

70 *Ibid.*, at p. 16.

frustrated by different interpretations of European law, but also by a considerable amount of derogations which encourage national solutions.⁷¹ Many Member States have specific regimes on crowdfunding requiring authorisations before operating an online platform.⁷² If loan-based crowdfunding instruments can be classified as securities, they are subject to MiFID⁷³ and qualify for passport status. But many loan-based crowdfunding schemes escape the scope of MiFID. Instead, Member States apply authorisation requirements for non-MiFID platforms.⁷⁴ Likewise, the Prospectus Directive is theoretically applicable to crowdfunding structures. But the Prospectus Directive⁷⁵ provides for an exemption if a public offering remains under a threshold of 5m €. ⁷⁶ Member States may exercise their discretion to require a prospectus for offerings between 100,000 € and 5m €. ⁷⁷ Member States have introduced a variety of regulatory approaches towards loan-based crowdfunding oscillating between encouragement without a prospectus,⁷⁸ caution by caps on the maximum amount of investments⁷⁹ or restrictions on the group of investors.⁸⁰

71 See S. N. Hooghiemstra, K. de Buysere, in: Brüntje, Gajda (eds.), supra sub FN 2, 148 et seq.

72 See S. N. Hooghiemstra, K. de Buysere, in: Brüntje, Gajda (eds.), supra sub FN 2, 150 et seq., and Annex II to European Commission, Crowdfunding in the EU Capital Markets, supra sub FN 2.

73 Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU, O.J. L 173/349 of 15 May 2014.

74 See e.g. on the French regulatory regime: Banque de France (ACPR)/Autorité des Marchés Financiers (AMF), S'informer sur le nouveau cadre applicable au financement participatif (crowdfunding), Le cadre réglementaire (Paris 30 September 2014, update from 26 August 2016, available at https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/Communication/Communiqués_de_presse/20140930-Sinformer_sur_le_nouveau_cadre_applicable_au_financement_participatif.pdf); and Annex II to European Commission, Crowdfunding in the EU Capital Markets, supra sub FN 1.

75 Directive 2003/71/EC 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, O.J. L 345/64 of 31 December 2003, as amended.

76 Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, O.J. L 345/64 of 31 December 2003.

77 See artt. 1 (2) (h), 5 (1) (e) of the Prospectus Directive, as amended.

78 Poland e.g. does not practise any supervisory regime at all: J. Rupa, "Peer-to-peer lending in Poland", *EuCML* 2016, 226 (227). Germany exempts the normal crowdlending scenario from prospectus duties: C. Heisterhagen, C. Conreder, "Die Regulierung des grauen Kapitalmarktes durch das Kleinanlegerschutzgesetz – Ein Überblick", *DStrR* 2015, 1929 et seq.

79 See S. N. Hooghiemstra, K. de Buysere, in: Brüntje, Gajda (eds.), supra sub FN 2, 151 et seq.; M. Williams, "Peer-to-peer lending in the Netherlands", *EuCML* 2016, 188 (189).

80 S. N. Hooghiemstra, K. de Buysere, in: Brüntje, Gajda (eds.), supra sub FN 2, 154.

Although transaction-based crowdlending platforms essentially function as flow-through entities channelling funds into start-ups or the business entities of project owners, they normally have to comply with seeking authorisations under the Capital Requirements Directive⁸¹ or the E-money Directive,⁸² if funds are stored. Compliance with these authorisation requirements would drive up the costs of crowdlending. Consequently, platforms outsource the 'storage' of funds to licensed service providers, thus adding to the contractual complexity of a crowdlending scheme, and to risk.⁸³

2. Regulatory Patterns

a) United Kingdom

Although the United Kingdom is edging towards Brexit, regulatory the country's experiences with peer-to-peer lending still hold an important message. Under s. 19 (1) of the Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA)⁸⁴ it is illegal to carry out a regulated activity unless permission has been granted by the FCA. In order to qualify for permission a peer-to-peer platform must satisfy threshold conditions (s. 41 (1) FSMA) which include adequate resources and suitability of the business project for undertaking platform services.⁸⁵ In 2016, the UK Government had decided to afford favourable tax treatment to peer-to-peer lending platforms which are fully authorised by the Financial Conduct Authority.⁸⁶ At that time, only eight firms out of 86 peer-to-peer lending platforms had obtained permission to become fully operative.⁸⁷ After authorisation through the FCA investors, investors could accede to peer-to-peer

81 Directive 2013/36/EU of 26 June 2013 on access to the activity and the prudential supervision of credit institutions and investment firm, amending Directives 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC, *O.J.* L 176/338 of 27 June 2013.

82 Directive 2009/110/ of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC, *O.J.* L 267/7 of 10 October 2009.

83 Investitionsbank Berlin (Thomas Hüttich), *Crowdfinance – Digitalisierung und Demokratisierung des Finanzmarktes* (September 2015, available at https://www.ibb.de/.../crowdfinance_digitalisierung_und_demokratisierung_des_finanzmarktes.pdf), at p. 8; cf. Polke, *supra* sub FN 50, at p. 30 et seq.

84 Available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents?view=plain>.

85 See schedule 6 of FSMA.

86 HM Revenue & Customs *Guidance on Peer to peer lending (Tax ion savings and investments)* (6 April 2016, available at <https://www.gov.uk/guidance/peer-to-peer-lending>).

87 *Financial Times Adviser* online 31 March 2016, "Only 9% of P2P platforms fully regulated" (available at <https://www.ftadviser.com/2016/03/31/investments/savings-and-isas/only-of-p-p-platforms-fully-regulated-0XXOm36Fl0WI4ywmZ5cyQK/article.html>).

lending schemes via their wealth management platforms, thus coordinating their investments in one (digital) place.⁸⁸

Recently, the FCA announced it would toughen its stance on peer-to-peer lending platforms.⁸⁹ The FCA is critical of an increased pooling of credit risk for investors, initiating a transition from loan-based crowdfunding to asset management.⁹⁰ This criticism comes at a time where the oldest peer-to-peer lending platform in the UK is envisaging an application for a banking licence in order to broaden its business.⁹¹ Moreover, there is evidence that maturity transformation is insufficient so that platforms are arbitraging on a lighter regulatory environment compared to banking.⁹² This coincides with preferential treatment for institutional investors who apparently have better access to special loans, information and opt-out models.⁹³ The FCA insists on better information for customers with respect to the risks and returns (including offerings via the social media) and the need to manage better complex structures and potential conflicts of interest.⁹⁴ Firms will be required to improve their plans for a wind-down in the event of business failure.⁹⁵

In the day-to-day business of UK loan-based crowdfunding codes of conduct operate to supplement FCA enforcement policies. The Peer-to-Peer Finance Association requests its members to subscribe high-level principles which impose a duty of honest and fair, professional dealing in accordance with transparent and high standards of business practice.⁹⁶ Moreover, specific operating principles have been drawn up to enable the customer to make an

88 Cf. Financial Times online 17 August 2015, "P2P lending: Peer-to-peer lenders widen access for investors" (available at <https://www.ft.com/content/ac6e47f0-41b1-11e5-9abe-5b335da3a90e>).

89 FCA, Feedback Statement (FS16/13), "Interim feedback to the call for input to the post-implementation review of the FCA's crowdfunding rules" (London December 2016, available at <https://www.fca.org.uk/publications/feedback-statements/fs16-13-interim-feedback-post-implementation-review-crowdfunding-rules>), at p. 9; Financial Times online 9 December 2016, "P2P lending: Some P2P lenders 'mask' loan performance", says FCA (available at <https://www.ft.com/content/7280970c-be09-11e6-8b45-b8b81dd5d080>).

90 FCA, Feedback Statement (FS16/13), supra sub FN 89, at p. 10.

91 Financial Times online 16 November 2016, "Zopa: Peer-to-peer lending pioneer seeks banking licence" (available at <https://www.ft.com/content/53aa3dec-ac07-11e6-9cb3-bb8207902122>).

92 FCA, Feedback Statement (FS16/13), supra sub FN 89, at p. 10.

93 *Ibid.*, at p. 11 et seq.

94 *Ibid.*, at p. 9 et seq., 21.

95 *Ibid.*, at p. 9.

96 Peer-to-Peer Finance Association Operating Principles (June 2015, available at <http://p2pfa.info/wp-content/uploads/2015/09/Operating-Principals-vfinal.pdf>).

informed decision.⁹⁷ In devising their website platforms should publish information on bad rates, returns performance and make the loanbook available to the public. Risk management practices are to mirror FCA standards, including protection against data theft from IT systems.⁹⁸

b) Germany

Unlike the UK, the German legislator has decided for a regulatory scenario which takes a banking law approach. Loan-based crowdfunding schemes are exempt from prospectus duties under capital market law.⁹⁹ But both, operators of the platform and investors may be required to seek an authorisation under Banking Law (*Gesetz über das Kreditwesen (KWG)*¹⁰⁰). German Banking law draws a fine line between online platforms performing a mere brokerage service and more complex business models where a bank or another credit institution acts as a major intermediary. In a pure brokerage scheme, no authorisation for banking is required.¹⁰¹ If the operator of a loan brokerage platform accepts funds as deposits or repayable funds from the public, an authorisation under the German Banking Act is necessary unless the repayment claim is securitised.¹⁰² On the other hand, a banking authorisation is prerequisite if the owner of the platform collects the funds before the specific loan contracts are concluded.¹⁰³ As a corollary, logging in as a user of the platform for transmitting money prior to concluding the relevant contracts amounts to making a deposit under Banking Law. On the other hand, if the platform transfers the money directly to a bank which will then hold such funds as a deposit before the specific contracts are concluded does not constitute a credit business under Banking Law.¹⁰⁴ Conversely, if the platform brokers the

97 *Ibid.*, sub 3.

98 *Ibid.*, sub 4 et seq.

99 See § 2a (1) Vermögensanlagegesetz (BGBl. 2015 I 1114); Heisterhagen, Conreder, supra sub FN 78, *DStR* 2015, p. 1929 et seq.; J. Veith, "Crowdlending – Anforderungen an die rechtskonforme Umsetzung der darlehensweisen Schwarmfinanzierung", *BKR* 2016, 184 (190).

100 BGBl. 1998 I 2776, as amended (current version available at https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Aufgaben/Bankenaufsicht/Gesetze_Verordnungen_Richtlinien/gesetz_ueber_das_kreditwesen_kwg.pdf?__blob=publicationFile; English version available at https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Aufsichtsrecht/dl_kwg_en.html). For a comprehensive survey see Polke, supra FN 50, at p. 82 et seq.; Veith, supra sub FN 99, *BKR* 2016, 184 (185 et seq.).

101 BaFin on Crowdlending, supra sub 58, Interpretative Note on Crowdlending (Auslegungsschreiben zum Crowdlending), supra sub 58.

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*

104 *Ibid.*

contract as a proxy for and on behalf of others, they will be required to apply for an authorisation under the Banking Act with corresponding duties for minimum capital and risk provision strategies.¹⁰⁵

c) France

For loan-based crowdfunding French law requires a registration of the platform as a financial intermediary, who is subject to supervision by the banking authorities with respect, *inter alia*, to compliance with prudential requirements.¹⁰⁶ French law qualifies the acceptance of funds on behalf of a third party by the platform as a service which falls under the Payment Services Directive¹⁰⁷ and the national laws for its transposition.¹⁰⁸ This will also require the platform to provide for minimum funds before it becomes operative, thus raising the transaction costs of loan-based crowdfunding.¹⁰⁹ French law does not dispense with prospectus duties. Instead, in order to provide potential investor-lenders with an adequate amount of information a light-prospectus has to be drawn up. This online prospectus has to include information on the crowdlending business and project, the degree of the issuer's financial involvement in the project, liquidity of securities issued as part of the project, details on the relevant contractual stipulations and risk.¹¹⁰

105 *Ibid.*

106 See Autorité des Marchés Financiers, Plateformes de financement participative (18 September 2016, available at <http://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Prestataires-financiers/Financement-participatif--crowdfunding/Cadre-reglementaire.html>); ACPR/Banque de France, Cadre du financement participatif: Les nouveaux statuts, Revue de l'ACPR n° 20 (November/December 2014, available at <https://acpr.banque-france.fr/publications/revue-de-lacpr/revue-de-lacpr-n20-sommaire/supervision-bancaire/cadre-du-financement-participatif-les-nouveaux-statuts.html>).

107 See Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, O.J. L 337/35 of 23 December 2015.

108 See Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif, JORF n° 0125 du 31 mai 2014, p. 9075, texte n° 14 (available at <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029008408&categorieLien=id>).

109 See art. D 522-1-2 of the Code monétaire et financier, as modified by the Ordonnance n° 2014-559 (FN 108).

110 See art. R 548-6 of the Code monétaire et financier, as amended by the Décret n° 2014-1053 du 16 septembre relative au financement participative, JORF n° 0215 du 17 septembre 2014, p. 15228, texte n° 11 (available at <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029463569&categorieLien=id>).

d) Excursus: US Law

Peer-to-peer lending for start-ups and small businesses in the US started in 2005.¹¹¹ Since then, the outstanding portfolio balance of online lenders has doubled every year although the business volume does not present more than a fraction of the US market for loans.¹¹² The CROWDFUND Act of 2012 introduced additional exemptions from the Securities Act 1933 which prescribes the registration of securities to be offered for sale. Under s. 302 of the CROWDFUND Act securities can be sold without registration if the aggregate amount does not exceed 1m US \$ during a twelve-month period. The statute introduces specific requirements with respect to investors. If the investor's annual income is less than 100,000 US \$ the maximum investment is the greater of 2,000 US \$ or 5% of the annual income. If the investor's annual income is 100,000 US \$ or more, then the investment shall go beyond a threshold of 10% of the annual income. In any event, the total amount of securities sold to one investor through all crowdfunding offerings may not exceed 100,000 US \$. Brokers or funding portals acting as intermediaries shall register as intermediaries with the US Securities and Exchange Commission (SEC). The intermediary shall make disclosures to ensure that the investor understands the risk of each investment, including the risk of loss of the entire investment, and reduce the risk of fraud. Issuers are required to file with the SEC information on officers, directors and owners with substantial holdings, the pricing method, related-party transactions, and the issuer's financial condition.

3. New Developments: Crowdlending via Blockchains

Current peer-to-peer lending platforms operate as an institution where consumers, companies and institutional investors 'meet' in order to arrange a loan, sometimes in very complex transactions in order to comply with (or by-pass) the requirements of capital market and banking laws. With the advent of digitisation peer-to-peer lending platforms are beginning to revolutionise transactions so that the direct matching between a borrower and a len-

111 Ian Galloway (Federal Reserve Bank of San Francisco), "Peer-to-Peer Lending and Community Development Finance", Community Investments 21 (3), 1 et seq. (Winter 2009/10) (available at http://www.frbsf.org/community-development/files/galloway_ian.pdf).

112 United States Securities and Exchange Commission, Regulation Crowdfunding with Annotations, at p. 364 (Washington, DC, 30 October 2015, available at <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2015-249.html>).

der is undertaken by an electronic contract.¹¹³ In fact, algorithms (i.e. ‘smart contracts’) determine how the lender’s money will be spread across various bids without any human intervention.¹¹⁴ A UK lending club practises an ‘auto-lending’ scheme whereby a lender’s portfolio of an investment of 1,000 £ will be automatically spread over at least seven loans.¹¹⁵ Auto-bidding shall not operate as to drive the average rate below 15% and in matching the bids with loans, earlier loans shall have precedence.¹¹⁶ Specific lending criteria have been ‘fed’ into algorithms in order to dispense with a case-by-case scrutiny.¹¹⁷ As a corollary, auto-allocation of loans bars investors from cherry-picking.¹¹⁸ But it also contributes to diversifying risk and balancing investors’ portfolios.¹¹⁹ Before the UK government and the FCA changed their policies on loan-based crowdfunding, these auto-bidding platforms were unregulated.¹²⁰ But it would seem that with the FCA’s stricter enforcement policy towards platforms,¹²¹ auto-bidding transactions will be undertaken exclusively by regulated platforms. Auto-bidding relies on blockchain technology. Blockchain technology relies on electronic ledgers which ‘store’ the sequence of transactions and attach an electronic signature to each transaction in order to verify the chronology and to distinguish fraudulent from ‘truthful’ transactions.¹²² If combined with an appropriate structure of algorithms, blockchains can handle matching

113 See Financial Times online 11 February 2016, “Alphaville – The curious state of UK “peer-to-peer” lending” (available at <https://ftalphaville.ft.com/2016/02/11/2152940/the-curious-state-of-uk-peer-to-peer-lending/>); The Coin Telegraph online 22 July 2016, “Latest FinTech Trend: Decentralized Blockchain Peer-to-Peer Lending” (available at <https://cointelegraph.com/news/latest-fintech-trend-decentralized-blockchain-peer-to-peer-lending>).

114 See Tech.co FinTech, “Peer-to-Peer Lending is the Hot FinTech Trend” (Blog 8 July 2016, available at <http://tech.co/peer-peer-lending-hot-fintech-trend-2016-07>).

115 See ThinCats, “Auto-lending Information” (last updated 19 November 2013, available at <https://www.thincats.com/wp-content/uploads/2015/10/auto-lending.pdf>).

116 *Ibid.*

117 *Ibid.*

118 Oxera, *The economics of peer-to-peer lending – Prepared for the Peer-to-Peer Finance Association* (Oxford September 2016) at p. 29 (available at http://www.oxera.com/getmedia/9c0f3f09-80d9-4a82-9e3f-3f3fefe450b2/The-economics-of-P2P-lending_30Sep_.pdf.aspx?ext=.pdf).

119 *Ibid.*, at p. 45.

120 ThinCats, “Auto-lending Information”, supra sub FN 115.

121 See supra sub FN 89.

122 See generally on blockchain technology: W. Mougayar, *The Business Blockchain* (Wiley Chichester 2016), 30 et seq.; P. Franco, *Understanding Bitcoin – Cryptography, Engineering and Economics* (Wiley Chichester 2015), 46 et seq., 143 et seq.; The Economist on-line 31 October 2015, “The promise of the blockchain – The trust machine” (available at <http://www.economist.com/news/leaders/21677198-technology-behind-bitcoin-could-transform-how-economy-works-trust-machine>).

processes between bids for a loan and a commitment to lend. Thus algorithms, i.e. 'smart contracts', bring about electronic (loan) contracts without any traditional offer and acceptance. Presumably, national regulatory agencies such as the FCA will appreciate the risk-spreading function of blockchain technology. Conversely regulator will have to assess whether minimum standards for loan contracts handled by digitised platforms are apposite.¹²³ Once these digitised peer-to-peer transactions operate in a cross-border scenario, it is far from clear whether conflict of law rules will be able to live up to the challenge of 'smart contracts' matching borrowers and lenders.

Др Рајнер КУЛМС, LL.M.

виши научни сарадник на Макс Планк Институту за упоредно и међународно приватно право, Хамбург, Немачка

CROWDLENDING – АЛТЕРНАТИВА БАНКАРСТВУ

Резиме

Онлајн платформе су почеле да се користе као алтернативни канали прикупљања средстава. Пројекти се представљају на интернет платформама како би се привукли инвеститори који желе да остваре приход без укључивања посредника. Peer-to-peer финансирање је потекло од кредитних клубова, у којима су зајмодавци одобравали кредит уз ниже трошкове. Peer-to-peer кредитирање, crowdfunding засновано на зајму или crowdlending је еволуирало у компликоване финансијске моделе код којих мала и средња предузећа, укључујући start-up компаније уживају користи од секундарног тржишта хартија од вредности и зајмова. Овај рад приказује право и економију сценарија crowdlending-a. Потом процењује тренутне концепте приватног уговарања, пре него што представи регулаторне шеме у погледу crowdlending-a у ЕУ, Уједињеном Краљевству, Немачкој, Француској и САД. Део о аутоматском нуђењу и потенцијалима blockchain технологије за онлајн кредитирање без посредника служи уместо закључка.

Кључне речи: онлајн платформе, crowdlending, FinTech, аутоматско нуђење, blockchain технологија.

123 See generally on the regulatory challenges of blockchain technology: R. H. Weber, *CRi* 1/2017, 1 (2 et seq.).

Др Предраг ДЕДЕИЋ
председник Комисије за хартије од вредности
Владислав СТАНКОВИЋ
члан Комисије за хартије од вредности

СТРАНПУТИЦЕ И ПУТЕВИ СРПСКОГ ТРЖИШТА КАПИТАЛА: QUO VADIS

„Ићи брзо значи ићи споро без прекидања“

Јапанска пословица

Резиме

Српско тржиште капитала је неразвијено, неликвидно, са недо-вољном базом инвеститора. Створено силом закона урушава се јер га континуирано напуштају добре компаније, а нове не улазе. Тренд урушавања и одсуство перспективе дуго траје и мора се преокренути. Ревитализација тржишта подразумева постојање стратегије. Приликом њене израде морају бити укључени сви референтни субјекти, анализирани претпоставке и постојећи модели у упоредној пракси. Није могуће директно применити туђи модел развоја. Влада мора разумети значај тржишта капитала и, у сарадњи с ресорним министарством, комисијом за хартије од вредности, брзом, учесницима на тржишту и другим субјектима, покренути и подржати његов развој. То подразумева одговарајуће људске и материјалне ресурсе ради отклањања структурних поремећаја и успостављања претпоставки раста. Стабилност макроекономске политике, чврст правни и институционални оквир, квалитетно финансијско извештавање, професионалност и култура усаглашености, подстицаји компанијама и инвеститорима, уклањање баријера иновацијама и ширењу, подстицај увођењу нових инструмената, едукација и промоција, неки су од знакова поред пута ревитализације српског тржишта капитала који се у чланку разматрају.

Кључне речи: инвестиције, тржиште капитала, стратегија развоја тржишта капитала, иницијална јавна понуда, финансијски инструменти.

I Увод

Српско тржиште капитала је неразвијено, неликвидно, са недовољном базом како професионалних инвеститора усмерених ка дугорочним инвестицијама (*buy to hold*), тако и других инвеститора. Међународне референтне листе (*FTSE list, Standard and Poor's list, MSCI list, Dow Jones list* и др.) сврставају наше тржиште у претпоследњу категорију (испод тзв. *emerging markets*), где се налазе сувише мала тржишта (тзв. *frontier markets*).¹ Српско тржиште капитала има изражене структурне проблеме а његова дубина, која је постојала у годинама приватизације, се вишеструко смањила.² Данас су кључне теме стране инвестиције,³ приватизација јавних предузећа,⁴ потреба адекватног развоја и инвестирања средстава пензијских фондова,⁵ потенцијал и смер развоја тржишта капитала који укључују алтернативне могућности финансирања малих и средњих предузећа. Све то говори да је неопходно, након процене свих релевантних чинилаца, донети квалитетну стратегију развоја српског тржишта ка-

- 1 Ова тржишта се доживљавају као нестабилна са високим степеном ризика и променљивости цена, неликвидна и тешко доступна. Као таква остају изван интересовања ширег круга инвеститора. Инвеститори верују поменутиим класификацијама, а да се дешава да је класификација резултат одређене грешке по питању макроекономских и институционалних варијабли које дају необјективну слику, те би требало имати проактиван приступ и утицај на објективност слике о нашем стању и инвестиционом потенцијалу. Видети више о грешкама у процени квалитета тржишта: Tomas Guerrero, *Frontier Markets: A World of Opportunities* (March 2013), доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2245075>, 2.03.2017, 3.
- 2 На Београдској берзи све је мањи промет (44,6 милијарди динара у 2016. години – три пута мање него 2007. године), она бележи губитке из године у годину, а број компанија које чине Белекс 15 се смањује.
- 3 Ова врста инвестиција свакако има добре стране али не треба пренебрегнути опасност од инвестиција привременог карактера, тзв. „*hot money*“. Видети: ACCA (March 2012). *The Rise of Capital Markets in Emerging and Frontier Economies*, доступно на адреси: <http://www.acca.ie/zm/en/technical-activities/technical-resources-search/2012/march/capital-markets-in-emerging-economies.html>, 1.03.2017, 16.
- 4 Бројне негативне последице и неуспеси из претходних приватизација требало би да послуже као подстицај да се ова врста предузећа, по питању финансијског извештавања и уређења структура и процеса управљања, ускладе са стандардима који су сагласни потребама потенцијалних инвеститора. *Ibid.*, 17.
- 5 Један од важних чинилаца стабилног и дугорочног инвестирања и ефикасног инструмента за постизање ликвидности на тржишту.

питала и доследно је спровести. Можемо се запитати које су системске грешке изазвале овако лоше стање, како функционишу институције које контролишу проблем асиметричности информација,⁶ како је решен конфликт интереса и заштита малих акционара, имају ли државни органи и други субјекти интересно везани за тржиште капитала, довољно знања и морала да обезбеде транспарентно, ефикасно и фер пословање које инвеститорима улива поверење, и др.

Израда стратегије подразумева политичку вољу и интерес да се српско тржиште у наредним годинама прошири и продуби, у смислу повећања базе инвеститора, броја учесника и увођења нових финансијских инструмената. Стратегија подразумева снажну иницијалну и континуирану подршку (процес ће дуго трајати) највишег политичког (широк политички консензус) и експертског капацитета (домаћих и страних) и одговарајућу садржину и план са јасним циљевима, заснован на знању и постојећим искуствима.⁷ Модели добре праксе нису аутоматски примењиви. Мало је држава које су успеле у подухвату да успоставе широко и ликвидно тржиште капитала.⁸ Важно је размотрити све елементе који могу утицати на успех, а тичу се претходних претпоставки, пратећих трошкова, позитивних ефеката и потенцијалних нежељених последица. Процес се након отпочињања мора надаље пратити и прилагођавати променама (изазови нових технологија и интернационализације тржишта). Парцијални покушаји, одсуство сарадње свих релевантних чинилаца неће дати резултат већ ће нанети штету и лоше стање додатно погоршати.

6 Проблем решив сарадњом владиних тела (механизми имовинске и кривичне одговорности) и тржишних учесника попут рачуновођа, инвестиционих друштава и берзе, под претпоставком да функционише механизам репутационог ризика. Свакако би требало имати у виду да је проблем превара у вези са вредносницама изражен и на веома развијеним тржиштима као што је САД. Видети: Bernard Black, „Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets“, *UCLA Law Review*, бр. 48/2001, 786-787.

7 Светска банка, ОЕЦД, ИМФ и друге међународне организације поставиле су неке стандарде, а може се учити и на искуствима неких земаља, на пример Јужне Кореје. Кореја је пример земље која је успела да тржиште капитала које је 1995. године више личило на казино него на тржиште и које су карактерисали спекулативни „балони“ праћени краховима, израсту у данас озбиљно, развијено и уважено тржиште. Посебно је интересантна максимално активна улога владе и других политичких субјеката у том процесу и мере које су укључивале комбинацију подстицаја и принуде. Више о томе: Woo Chan Kim, „Korea’s Capital Market Promotion Policies: IPOs and Other Supplementary Policy Experiences“, *KDI Journal of Economic Policy*, бр. 37(2)/2015, 64-96.

8 Дobar пример су Чиле и Пољска.

II Зашто развијати и претпоставке развоја

Опредељење за улагање у развој српског тржишта капитала полази од процене добробити које резултат треба да донесе. Те користи би требало да се односе примарно на оне којима је новац потребан (алтернативни облик финансирања) и оне који би инвестирали (алтернативни облик инвестирања), а потом на владу (утицај на фискални дефицит) и шире окружење (нпр. утицај на здраву конкуренцију банкарским кредитима). У литератури се наводе позитивни утицаји који би требало да се одразе на фискалну, монетарну и политику курса,⁹ а изведени финансијски инструменти као добар инструмент за управљање ризиком промене курса или кредитним ризицима.¹⁰

Покушај наглог развоја тржишта капитала кроз процес масовне приватизације, је у већини транзиционих земаља, био кратког даха, и оно се урушило.¹¹ Функционисање тржишта капитала подразумева постојање одређених услова. Једна од њих је, према анализама ММФ-а, стабилна макроекономска политика као гаранција да неће бити непријатних изненађења у вези промене каматних стопа. Друга би била чврст правни и институционални оквир¹² који подразумеваг добру заштиту поверилаца и инвеститора. Хронични проблем нашег правног система је да у пракси постоји раскорак између добрих решења и лоше примене. Ефикасно откривање, процесуирање и казна за противправно понашање битан је сегмент проце-

9 Luc Laeven, IMF The Development of Local Capital Markets: rationale and Challenges, 2014, *Working Paper WP/14/234*, 4.

10 L. Laeven, 5.

11 B. Black, 781-782.

12 Регулатива би требало да буде окренута ка интересима инвеститорима, а то подразумева квалитетно обавезно извештавање, добро корпоративно управљање са јасно одређеним одговорностима и квалитетним надзором, па и уклањање баријера за функционисање механизма преузимања, уколико се тежи изградњи дубљег тржишта. L. Laeven, 9.

са изградње тржишта.¹³ Основно полазиште стратегије је развој тржишта што за последицу мора да има адекватно уклањање свих баријера.¹⁴

Тржиште капитала почива на слободном протоку релевантних информација. Квалитетно финансијско извештавање је претпоставка релевантности те врсте информација. Неопходна је регулатива и њено спровођење која ефикасно санкционише компаније и овлашћена лица за нетачно извештавање, обезбеђује транспарентност и спречава тржишне манипулације, На тржиштима где је оштро санкционисан сваки облик манипулација ценама хартија развија се међу учесницима култура усаглашености. Добро финансијско извештавање и контрола конфликта интереса менаџмента и компаније је такође основ у том оквиру, као и синергија релевантних државних и тржишних институција на остварењу правне сигурности и фер пословања. Потребно је сагледати адекватност финансијске инфраструктуре, величину тржишта (процена критичне масе инвеститора) и комплементарности (нпр. веза између постојања и квалитета тржишта државних обвезница и корпоративних обвезница).¹⁵

Банкоцентричност нашег система није сметња развоју тржишта капитала. Поред тога што је класично банкарство у конкурентском односу према тржишту капитала, банке су уједно и значајан темељ тржишта капитала (њихове акције на листингу, издаваоци су обвезница), а и сами

13 Неопходно је присуство ефективног деловања регулатора, тужилаштва и судова. Комисија за хартије од вредности мора бити способна да очува своју независност и стручно одговори изазовима. То подразумева квалитетно специјализовано особље и значајне ресурсе. Проблем мало ресурса за Комисију и одсуство знања код правосудних органа се среће и у развијеним земљама. Са друге стране они који врше преваре по правилу су спремни да ангажују озбиљна средства да прикрију своје незаконито деловање или своју одбрану. Сарадња судија, тужилаца и комисије за хартије вредности преко програма едукације Правосудне академије један је од начина превазилажења проблема. Обезбеђење средстава за рад и развој Комисије, у тренуцима урушеног тржишта капитала и ослабљених учесника, остаје отворено питање.

14 Уклањање регулаторних баријера развоја је често и сложено стратешко питање које захтева процену временске динамике. примера ради, омогућавање чланства међународних клириншких кућа у централном регистру (иначе предвиђено законом о тржишту капитала а везано за моменат усаглашавања прописа са еу регулативом). Такође се као пример може узети указивање учесника тржишта на решење нашег Закона о девизном пословању (за разлику од хрватског) које допушта банкама прикупљање штедње у девизама, а друштвима за осигурање допушта животно осигурање у девизама, а девизно улагање у инвестиционе јединице отворених инвестиционих фондова није допуштено.

15 L. Laeven, 7-17.

новчани депозити доносе принос и доприносе ликвидности тржишта.¹⁶ Дobar пример комплементарности је и веза банкарског сектора и тржишта обвезница. Секјуритизација се такође намеће као једно од позитивних решења (могућност за хипотекарне обвезнице и др.).

Развој тржишта капитала подразумева уређење бројних структура и процеса. Примера ради, потребно је градити репутацију актера на тржишту као што су ревизори, инвестициона друштва, адвокатске канцеларије, берза и др.¹⁷ Значајно место у том процесу имају квалитетни новинари специјализовани за ову област и као и аналитичари хартија од вредности. Посебан потенцијал је у независним директорима, лица одговорна за усаглашеност, комисија за ревизију и др. Посебно је важно имати инструментаријум за сузбијање послова које директори врше у сопственом интересу (*self-dealing*), јер та врста деловања много више утиче на компанију и само тржиште капитала него злоупотребе инсајдерских информација.¹⁸

Важан део тих структурних промена требало би да буде механизам који успоставља равнотежу понуде и тражње (попут централне банке која коригује поремећај девизног курса), као важан амортизер како јавна понуда акција која би премашила тражњу не би довела до пада цена (бојазан која постоји код јавне понуде акција јавних предузећа).¹⁹ Политички ризик (у Србији и региону) је свакако један од фактора које би требало сагледати приликом дубље анализе претпоставки развоја тржишта капитала. Позитивна је чињеница да одређена истраживања показују да се политички ризик у Србији од 2009. године налазио у паду.²⁰

16 Staci Warden, Framing the Issues: Strengthening Capital Markets in Developing Countries, 2014, доступно на адреси: <http://www.milkeninstitute.org/publications/view/669>, 1.03.2017, 3-4.

17 Примера ради, код рачуновођа је неопходно прописати одређени степен одговорности како би се ублажио подстицај да стекну новог клијента или накнаду. В. Black, 795.

18 Тржиште капитала може бити јако и без норми које спречавају инсајдерску трговину, али је свакако с њима још јаче. Процењује се да добра контрола ове врсте повећава цену акција за 5%. Више о томе: Utpal Bhattacharya, Daouk Hazem, The World Price of Insider Trading, доступно на адреси: <file:///C:/Users/Predrag%20Dedei%20C4%87/Downloads/SSRN-id249708.pdf>, 14.03.2017. Такође, поступци ефикасног откривања и сузбијање инсајдерске трговине, поред стручности која се подразумева, захтевају и значајна новчана средства. Као пример би могла да послужи Њујоршка берза која је у 2001. години потрошила 95 милиона долара на контролу инсајдерске трговине. У ситуацији када Београдска берза више година за редом бележи губитак у финансијском пословању, закључак би се могао сам наметнути.

19 W. C. Kim, 86.

20 Више о утицају политичког ризика на тржиште капитала у Србији видети: Јелена Миновић, Дејан Ерић, „Impact of Political Risk on Frontier Capital Market“, *Inzinerine Ekonomika – Engineering Economics*, 27(2)/2016, 156-162.

III Тражење решења

Развој српског тржишта капитала није мали изазов у свету који се коренито мења великом брзином, центри моћи се премештају, а креирају се нове инвестиционе парадигме праћене технолошким иновацијема. Пред креаторима јавних политика, инвеститорима и будућим генерацијама је изазов постављања нових смерница развоја. Полазећи од локалног, стратегија мора да уважи утицај ширег окружења. Анализе Светске банке показују да постоје одређени глобални фактори који морају бити узети у обзир. Примера ради то су геополитика,²¹ економска динамика, финансијске иновације и др.²² Еклатантан пример утицаја окружења на Србију је след догађаја из 2008. године, када је економски раст почео да опада драстично. Ниска каматна стопа као једна од последица финансијске кризе се процењује као шанса за тржиште капитала, у смислу могућности да штедише пребаце средства у власничке и дужничке хартије (уз незаобилазно питање процене колико ће такво стање потрајати).²³ Полазна тачка у том процесу мора бити идентификовање и разумевање кључних покретача. Мора се размишљати дугорочно и у стратегију развоја инкорпорисати визију: Србија 2030. Стратегија мора бити оријентисана тако да Србија постане добра дестинација за инвестиције. У том смислу потребна је боља регулатива, боље образовање и стручно усавршавање, подстицаји предузетништву и иновацијама. Потребно проширити круг учесника на тржишту, базу инвеститора и повећати број финансијских инструмената на тржишту. Креатори јавних политика морају вратити поверење на тржиште капитала, обезбедити његову ликвидност и омогућити му да прати и допринесе економском расту. Компаније које су у процесу приватизације силом закона натеране на тржиште капитала пропале су, неке се повлаче јер им то оправдава *cost benefit* анализа (постају затворена друштва и то у значајном броју).²⁴ Потребно је наћи адекватно решење да се оним компанијама

21 Србија је вишеструко везана за ЕУ (кандидат за чланство, чврсте трговинске и економске везе), тако да све што се дешава с ЕУ (проширење, иступање, промене правно институционалног оквира, нове уредбе и директиве, креација Уније тржишта капитала – *Capital Market Union* и др.

22 Радионица (*workshop*) Светске банке под називом „The Financial System in Serbia-From 2025 Scenarios to Action Today“, одржана у Београду, 31. јануара 2017. године.

23 Променљивост ситуације показују и све снажнији притисци на нивоу ЕУ да се призна инфлација и политика негативних каматних стопа промени.

24 Многе би се повукле, јер им је статус јавног друштва додатни трошак, а често немају ни средства да извршавају своје обавезе, на пример годишњи извештај ревизора са листе Комисије за хартије од вредности, али немају средства да исплате несагласне акционаре и тако се врте у зачараном кругу.

којима је то терет омогући да оду са тржишта. Тиме би се очистило тржиште и припремило за улазак нових субјеката, овога пута на природан начин. Пројекти међународних организација су ту корисни да се идентификују и квантификују одређени системски проблеми и понуде решења.²⁵

Стратегија развоја тржишта капитала мора бити заснована на стручној анализи испуњености услова²⁶ након чега је постављен јасан смер и динамика кретања. Значај стратегије мора схватити влада и снажно је подржати и усмеравати преко министарства надлежног за финансије, Комисије за хартије од вредности²⁷ и других референтних тела. Формирање тела које ће бити састављено од различитих експерата и представника субјеката носилаца интереса и ризика. Корејски модел је био искористити економску експанзију, активно укључивање владе, уклањање свих препрека (порески и други подстицаји и принуда), едукација и снажна јавна кампања, контрола баланса понуде и тражње и креирање адекватне базе инвеститора.²⁸

Иницијална јавна понуда јавних предузећа је један од начина који се често помиње као пут да се ојача тржиште капитала и трасира пут приватним субјектима.²⁹ Треба имати у виду да је важно донети стратешку одлуку, засновану на процени, што пре, јер оклевање је највећи неприја-

25 Примера ради, ЕБРД пројект техничке кооперације у региону (Local Currency & Capital Markets Development-Cross-regional dormant account resolution study). Више о томе на: <http://www.ebrd.com/what-we-do/sectors-and-topics/local-currency-and-capital-markets.html>, 1.03.2017.

26 Примера ради, присуство ниске или високе каматне стопе и тренд кретања, монетарна политика која се бори са инфлацијом, однос развоја реалне економије и финансијског сектора и др.

27 Јачање капацитета Комисије у циљу квалитетнијег рада, а посебно у циљу одбране њене независности (од државних органа и учесника на тржишту) је од посебног значаја. У том процесу критично је питање њеног финансирања накнадама од учесника на тржишту, у тренуцима кад је њихова платежна способност слаба на урушеном тржишту капитала, што утиче на одрживост и развој Комисије и отвара питање финансирања из буџета. Свакако да без адекватне стратегије развоја тржишта капитала нема одрживог решења. Интересантна промишљања на ту тему могу се наћи у IMF, Ukraine – Enhancing the Powers and Independence of the National Securities and Stock Market Commission, October 2015, доступно на: <https://www.imf.org/external/pubs/cat/longres.aspx?sk=43340.0>, 1.03.2017. Такође код: Toan Le Minh, Gordon Walker, „The Independence of a securities Market Regulator: The Case of the State Securities Commission of Vietnam“, доступно на адреси: <http://epublications.bond.edu.au /blr/vol21/iss3/3/>, 5.03.2017. Проблем ове врсте у земљама развијеног тржишта капитала се и не поставља. Видети: В. Black, 790.

28 W. C. Kim, 88.

29 У Белој књизи Савета страних инвеститора ово је једна од препорука за развој тржишта капитала. Видети: Бела књига савета страних инвеститора, 2016, 77.

тељ промене и простор за деструктивно деловање.³⁰ Као искуствени пример може се узети Камбоџа.³¹

Иницијална јавна понуда малих и средњих предузећа је актуелно питање у Европској унији. Свакако да се и код нас може видети потреба да се, преваходно средњим компанијама с потенцијалом брзог раста³² омогући алтернативни приступ екстерном финансирању. Тиме се умањује зависност од банака и може се поправити однос *debt equity*. Као пример добре праксе могао би се анализирати случај Јамајке.³³

Истраживање Светске федерације берзи показало је да потреба предузећа да постане јавно друштво садржи и више од потребе екстерног финансирања. Ради се и о другим бенефитима, попут позиционирања компаније за раст, диверзификације инвеститора, јефтинијег финансирања и мање изложености, могућности изласка оснивача и др.³⁴

Развој српске привреде, свакако зависи и од искоришћеног потенцијала развоја малих и средњих предузећа. Омогућавање тим брзорастућим компанијама (најчешће у сектору информационих технологија или експертских услуга) да приступе екстерном финансирању из више извора, је веома значајна претпоставка развоја. За разлику од претходног периода у коме су на тржиште капитала компаније увођене императивом закона, овде се ради о добровољном уласку иза које стоји корист коју компанија након *cost benefit* анализе и процене свих могућности екстерног финансирања³⁵ доноси од-

30 На тржишту нема оклевања. Пример су и акције Телекома које се, као последица што Телеком није јавно друштво, преносе уговором о поклону који симулира уговор о продаји.

31 Камбоџа је одлучила да јавно предузеће за снабдевање водом (Phnom Penh Water Supply Authority – PPWSA) пусти у јавну продају, што је означено као прекретница у развоју тржишта капитала. План је обухватао и Телеком и Државно предузеће за снабдевање електричном енергијом ACCA (Jun 2012). Making Capital Markets Work in Emerging and Frontier Economies: case studies, доступно на адреси: <http://www.acca.ie/content/dam/acca/global/PDF-technical/global-economy/pol-afb-mcmw.pdf>, 1.03.2017, 17.

32 Светски позната компанија *Apple Computer* је у периоду 1977-1980 продала укупно 121.000 компјутера, након чега је уследила милионска потражња за компјутерима. Проблем развоја је решен екстерним финансирањем са тржишта капитала (продато акција у вредности од 65 милиона долара). Kenneth Kim, John Nofsinger, *Corporate Governance*, Pearson education, New Jersey, 2007.

33 ACCA (Jun 2012), Making Capital Markets Work in Emerging and Frontier Economies: case studies, 14.

34 World Federation of Exchanges (WFE), SME Financing and Equity Markets, доступно на адреси: <https://www.world-exchanges.org/home/index.php/news/world-exchange-news/world-federation-of-exchanges-publishes-report-into-sme-financing-equity-markets>, 9.03.2017, 22.

35 Утврђују цену капитала и пратеће трошкове (саветник, рачуновођа, припрема документације, промена правне форме...).

луку те врсте. Неспорно је да тржиште капитала може у том процесу да одигра значајну улогу, а управо развој тог облика финансирања предлаже и ОЕЦД.³⁶ Наш успех би имао подстицајан регионални ефекат, што би деловало позитивно на инвестициону атрактивност региона. Проблем лежи у одлучности да се „пробије лед“ услед непознавања процедура, тако да су едукација и промоција од примарне важности. Примарни циљ берзе је да се на њој нађу добре компаније, те је потребан план да се такве компаније подстакну на јавну понуду (нпр. порески подстицај). Такође, повећање базе инвеститора је од круцијалног значаја за успех примарног тржишта, уз пратећу ликвидност секундарног тржишта.³⁷ Додатни критичан чинилац за развој тржишта капитала је довољно обучених и искусних људи, како на страни државе – законодавац, регулаторно и надзорно тело, тако и на страни посредника на тржишту и других учесника.

Стратегија би у ширем смислу обухватила и развој робне берзе са свим позитивним ефектима на тржиште капитала (увођење нових изведених инструмената).

Улога међународних финансијских организација као финансијера и пружалаца техничке помоћи у процесу ревитализације тржишта може бити значајна.³⁸

Инвестициони фондови у власништву државе носе потенцијал од великог економског и фискалног значаја. Ови државни ИФ (*Sovereign Wealth Fund SWF*) у коме су средства девизне резерве, злато, природна богатства, пензије, индустријска постројења, нафтне резерве усмерени су на максимизацију дугорочних прихода, за разлику од управљања девизним резервама чија је улога краткорочног стабилизаторског карактера (курс). Улагања ове врсте имају виши ниво толеранције на ризик у одно-

36 Извештај ОЕЦД-а за Г-20 управо говори о широкој потреби да се тржиште капитала ефикасно употреби за те сврхе. World Federation of Exchanges (WFE) SME Financing and Equity Markets, доступно на адреси: <https://www.world-exchanges.org/home/index.php/news/world-exchange-news/world-federation-of-exchanges-publishes-report-into-sme-financing-equity-markets>, 9.3.2017, 5.

37 Процењује се да је значајна количина капитала заробљена на великом броју неактивних рачуна мале вредности те да би уколико се пронађе модус њиховог активирања допринело ликвидности тржишта, а потенцијално и повећању базе инвеститора (уместо базе поклонопримаца).

38 Једна од њих је Међународна финансијска корпорација (IFC) која помаже развој локалног тржишта капитала кроз различите пројекте, на пример обвезнице у локалној валути, у виду зајмова и других финансијских производа. Добар пример је Замбија, видети: IFC Invests in Bayport Zambia's First Bond, Supporting Access to Finance and Domestic Capital Markets, доступно на адреси: <http://ifcext.ifc.org/IFCExt/Pressroom/IFCPressRoom.nsf/0/0161A4B20E84BA5A85257CDD00678C88?opendocument>, 9.3.2017.

су на традиционални приступ централних банака, али доносе доста позитивних ефеката попут прикупљања дугорочног профита, реструктурирања националне привреде улагањем у високотехнолошку индустрију и високостручне услуге и др.³⁹ Управо ова врста фондова (заједно са другим институционалним инвеститорима попут пензијских фондова и осигуравајућих друштава) могу улагати у складу, с политиком ниског ризика, у дугорочне инфраструктурне пројекте.⁴⁰ Нови инструменти попут зелених обвезница,⁴¹ обвезнице на основу стамбених кредита и др.

IV Закључак

Српско тржиште капитала је неразвијено, неликвидно, са недовољном базом инвеститора. Континуирано га напуштају добре компаније јер не виде интерес да буду на њему. Истовремено многе од оних које остају, а доведене ту силом закона у процесу приватизације, из финансијских разлога не могу да изађу. Истовремено компаније којима би ту било место и које би могле да искористе тај алтернативни облик финансирања, не улазе. Процес урушавања и одсуство перспективе сувише дуго траје и тренд се мора хитно преокренути.

Ревитализација тржишта је сложен посао који подразумева постојање стратегије. Приликом израде стратегије морају бити укључени сви референтни субјекти, анализирани претпоставке и постојећи модели и добри примери у упоредној пракси. Није могуће директно применити туђи модел развоја већ морамо изградити сопствени. Процес ће трајати дуго и захтеваће континуирано праћење и прилагођавање. Влада мора разумети значај и место тржишта капитала у нашем финансијском систему и, у сарадњи с ресорним министарством, комисијом за хартије од вредности, берзом, учесницима на тржишту и другим субјектима надлежностима и интересом везаним за тржиште капитала, снажно покренути и подржати његов развој. То подразумева одговарајуће људске и материјалне ресурсе и значајан ангажман како би се отклонили структурни поремећа-

39 Tomas Guerrero, *Frontier Markets: A World of Opportunities* (March 2013), доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2245075, 10.03.2017, 4.

40 Реч је о актуелном и неопходном процесу пребацивања финансирања инфраструктурних пројеката на приватни сектор. Видети: OECD Journal: *Financial Market Trends*, Volume 2014/1, *Financing infrastructure-International trends*, доступно на адреси: http://www.oecdilibrary.org/finance-and-investment/financing-infrastructure-international-trends_fmt-2014-5jxvpb4jff1, 9.3.2017, 124.

41 Видети: ICMA (International Capital Market Association), *The green Bond Principles*, доступно на адреси: https://www.google.rs/webhp?sourceid=chrome-instant&rlz=1C1EODB_enRS721RS721&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=icma+green+bond+principles&, 1.03.2017.

ји и успоставиле претпоставке раста. Стабилност макроекономске политике, чврст правни и институционални оквир, квалитетно финансијско извештавање, професионални посредници, развијена култура усаглашености, подстицаји компанијама за излазак на тржиште капитала и инвеститорима, уклањање баријера иновацијама и ширењу, подстицај увођењу нових инструмената, едукација и промоција, неки су од знакова поред пута ревитализације српског тржишта капитала.

Predrag DEDEIĆ, PhD

Chairman of the Republic of Serbia Securities Commission

Vladislav STANKOVIĆ

Commissioner in the Republic of Serbia Securities Commission

WRONG WAYS AND PATHS OF THE SERBIAN CAPITAL MARKET: QUO VADIS

Summary

The Serbian capital market is shallow, illiquid and with inadequate investor base. It is undermined by constant withdrawal from the market by strong companies and the new ones are not coming. The trend of undermining and the absence of perspective has lasted for too long and must be urgently reversed. The renewal is a complex task entailing the existence of a strategy. In creation of the strategy all relevant entities must be involved, and the used propositions, current models and examples of comparative practices – analyzed. It is not possible to directly apply someone else's model of development. The government must understand the importance of the capital market, and in cooperation with the line ministry, securities commission, stock exchange, market participants and others, provide a powerful impetus. It entails adequate human and material resources in order to heal the structural disruptions and create the preconditions for growth. The stability of macroeconomic policy, solid legal and institutional framework, sound financial reporting, professionalism and culture of compliance, incentives for companies to go public, removal of obstacles to innovation and expansion, incentive to introduction of new instruments, education and promotion – are only some of the milestones that need to be passed on the road to regeneration of the Serbian capital market, discussed in the article.

Key words: *investments, capital market, strategy of capital market development, initial public offering, financial instruments.*

Др Зоран ВАСИЉЕВИЋ

доцент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци

СПЕЦИФИЧНОСТИ СТИЦАЊА И РАСПОЛАГАЊА АКЦИЈАМА БАНКЕ

Резиме

Аутор се у раду бави специфичностима правног режима стицања и располагања акцијама банака у односу на општи режим компанијског права. Притом, наведена питања анализира посматрајући рјешења у правима земаља у окружењу, али и појединих репрезентативних правних система. Закључује се да је легислатива која се односи на акционарство у банкарском сектору ригорознија у односу на ону која се примјењује на акционаре осталих акционарских друштава, посебно оних која се баве нефинансијским дјелатностима. Овај став аутор и потврђује указујући на ограничења стицања капитал учешћа потребом прибављања сагласности од стране регулатора, специфичности стицања сопствених акција и могућност принудне продаје акција у случају реструктурирања банке, као и друга ограничења и обавезе које се намећу акционарима банке, а чије испуњавање контролишу регулатори банкарског сектора.

Кључне ријечи: *стицање акција, банка, регулатор, капитал учешће, реструктурирање.*

І Уводна разматрања

У правним системима се, поред општег режима, за поједине врсте привредних друштава успоставља и посебни правни режим. Разлози су, најчешће, специфична власничка структура (као у случају јавних предузећа) или карактер дјелатности које ти правни субјекти обављају (као што су дјелатности финансијског сектора). Банке спадају у групу таквих привредних субјеката, па их с правом можемо назвати специјализованим привредним (акционарским) друштвима.

С обзиром на значај банака у привредним токовима сваке државе, оне су подвргнуте и строжијој регулативи у односу на остале привредне субјекте, прије свега у погледу услова оснивања и пословања, а затим и у погледу осталих питања статусног карактера, као што су организациона структура, те права и обавезе акционара. Могло би се рећи да су акционари банке предмет континуираног надзора супервизора (регулатора).¹ Банке се, за разлику од општег нормативног система оснивања привредних друштава, оснивају по систему дозволе, коју у упоредном праву најчешће дају централне банке (нпр., Народна банка Србије), док је у Републици Српској ово питање у надлежности посебне управне организације, тј. Агенције за банкарство. Ова институција врши и надзор над пословањем банака након њиховог оснивања, а има утицаја и на остваривање одређених права акционара, међу којима је и право на располагање акцијама.

Основни разлог подвргавања банака строгој државној контроли је тај што банке послују са туђим новцем и хартијама од вриједности, па је потребно спријечити евентуалне злоупотребе.² Други разлог је што обављањем платног промета и кредитирањем привреде и становништва банке непосредно утичу на количину новца у оптицају, а тиме и на успјех привредних токова и стабилност финансијског система.³

Специфичности стицања и располагања акцијама банака у правима Републике Српске и Србије се, с једне стране, односе на условљавање стицалаца да, приликом преласка одређених прагова капитал учешћа, траже претходно одобрење од регулатора, а с друге стране, у праву регулатора, да приликом спровођења мјера реструктурирања банке принудно прода акције другим лицима, без потребе за прибављањем сагласности дотадашњих акционара. Слична рјешења су садржана и у прописима упоредног права, укључујући и државе из окружења, поготово у погледу условљавања стицања акција претходном сагласношћу надлежног надзорног тијела. Обје наведене специфичности, у сваком случају, представљају одступање од општег принципа слободне преносивости акција на којем почива компанијско право, те је потребно, прије свега, указати на општи режим преноса својине над акцијама.

1 Татјана Јованић, *Циљеви и облици регулисања пословања банака*, Београд, 2009, 224.

2 Више: Зоран Васиљевић, *Правна теорија кредита*, Бања Лука, 2013, 201.

3 Дијана Марковић-Бајаловић, *Привредне организације*, Источно Сарајево, 2005, 350.

II Општи режим стицања акција

Акција је врста хартија од вриједности која даје статусна права њеном имаоцу у привредном друштву, које је издаје. У принципу, то је слободно прометљива хартија од вриједности и њен власник (акционар) има право да је пренесе када и коме хоће.⁴ Међутим, од наведеног начела се може и одступити у случајевима када је то законом или општим актима самог акционарског друштва предвиђено. Ово се односи само на затворена друштва, док се у случају отворених акционарских друштава, по правилу, забрањује могућност ограничавања преноса акција од стране самог друштва.⁵ У изузетним случајевима, могућност остваривања права располагања акцијама се може чак и искључити. То су оправдани случајеви у којима над интересом акционара преовладава интерес самог друштва. Типичан примјер би биле тзв. гаранцијске акције које друштво претходно продаје члановима управе (дакле, прво их обавезује да купе акције) како би их стимулисало на што боље обављање послова у интересу друштва. Зато им након тога забрањује продају тих акција све док им не престане мандат због ког су првобитно и били приморани да постану акционари. Други случај забране преноса би могао настати у односу на оне акционаре који су преузели и неке споредне чинидбе према друштву, све док их не изврше, поготово ако су непреносиве.

Код затворених акционарских друштава промет акција, дакле, може бити ограничен или искључен општим актима самог друштва (нпр., статутом). Такве акције се називају винкулиране или неслободне.⁶ Најчешћа ограничења преноса акција се свode на прописивање права прече куповине осталих акционара (свих или ималаца одређених класа акција), затим условљавање стицаоца акција у стечајном или извршном поступку да их претходно понуди постојећим акционарима (како би им се дала могућност да онемогуће улазак нових лица у друштво), и сл. Поред законских и статутарних, могу постојати и уговорна ограничења преноса акција у случају постојања таквих споразума између самих акционара или ак-

4 У енглеском праву, наведено начело је потврђено и бројним судским пресудама, као нпр. у случајевима *Smith Knight & Co. Weston's Case* (1868) 4 Ch App 20 или *Bede Steam Shipping Co* (1917) 1 Ch 123, at 132/133 (CA). Види: John Birds, A. J. Boyle, Bryan Clark, Iain MacNeil, Gerard McCormack, Christian Twigg-Flesner, Charlotte Villiers, *Boyle and Birds' Company Law*, 6th ed., Bristol, 2007, 294.

5 Види: Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13, чл. 191. ст. 4.

6 Види: Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, 9. издање, Београд, 2015, 300. Такође: Götz Hueck, Christine Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, 21. Auflage, München, 2008, 378.

ционара са друштвом. Овакви споразуми могу да доведу и до дискриминације оних акционара који их нису потписали, најчешће мањинских.⁷

СТИЦАЊЕМ АКЦИЈА једно лице постаје члан привредног друштва, односно настаје један трајни правни однос између њега и тог друштва.⁸ Право на акцијама се може стицати оригинарним или деривативним путем.⁹ У случају оригинарног стицања се ради о стицању од самог емитента, било приликом његовог оснивања или касније, када се буде спроводило повећање његовог капитала. И код деривативног стицања преносилац може бити акционарско друштво чије акције су предмет преноса, али се тада ради о преносу сопствених акција, које су у специјалном правном режиму у погледу рока трајања, те остваривања права која дају. Суштина деривативног стицања је у томе да се акције, а тиме и чланство у акционарском друштву, стичу изведеним путем од пријашњег акционара (изузетно и друштва у наведеном случају сопствених акција). До тога може доћи, било вољном радњом претходног власника (нпр., продаја или поклон),¹⁰ било сљедништвом услијед његове смрти, ако се радило о физичком лицу, или престанка постојања путем стечаја, ликвидације или статусних промјена, у случају правног лица. У сваком случају, за разлику од оригинарног стицања, не ради се о првом стицаоцу, већ о промјени чланства у друштву, иако се у оба случаја ради о правном послу.¹¹

Када говоримо о реализацији права на располагање акцијама, онда ту управо мислимо на деривативно стицање акција. Наиме, ималац акција у оквиру наведеног права може да преноси право својине, као најшире стварно право, на неко друго лице које тим чином постаје нови члан привредног друштва – емитента тих акција. Поред тога, подразумијева се да право располагања обухвата и могућност преноса ужих стварних права од права својине, па тако сопственик може дати акцију неком у залогу ради обезбјеђења дуга из неког другог правног посла или, пак, уступити могућност остваривања права на дивиденду, као облик плодоуживања. У таквим случајевима се не ради о стицању акција.

7 М. Васиљевић, 301.

8 Види: Јакша Барбић, *Право друштава, књига друга – друштва капитала, свезак 1.- дионичко друштво*, 6. издање, Загреб, 2013, 350.

9 G. Hueck, C. Windbichler, 376-377.

10 У случају поклона, воља за пренос мора бити још јаче изражена него код продаје, јер поклонопримац у потпуности зависи од тога да ли ће поклонодавац предузети све потребне радње да би дошло до преноса власништва на акцији и не може га натјерати да то учини. Више: J. Birds *et al.*, 311.

11 Упореди: J. Барбић, 355-357.

Пренос акција се одвија у облику двостепеног процеса. Прво се продавац и купац договарају о цијени акција и другим условима продаје, а затим се спроводи трансфер, након којег купац постаје нови власник акција.¹² Код оних друштава чијим се акцијама тргује на берзи, у овај процес се укључује и треће лице које се професионално бави продајом акција у своје име, а за рачун свог налогодавца, тј. брокер. У овом случају, трансакције су много стандардизованије него у случају непосредне погодбе између продавца и купца, који чак не морају ни знати ко се налази на другој страни. У правном систему Републике Српске (као и земаља у окружењу) је спроведена и потпуна дематеријализација акција, тако да се оне више и не преносе у папирном облику. По извршењу трансакције, купац се региструје у Централном регистру хартија од вриједности у својству новог власника акција емитента. Тим чином он улази у права и обавезе свог претходника (нпр., преузимање обавезе уплате преосталог износа улога који није уплатио претходни власник акције), осим уколико се није радило о продаји сопствених акција, које је држало само друштво емитент и чија су права мировала за то вријеме.

III Правни режим стицања акција у банци

На питања која нису уређена посебним законима који се односе на банке, примјењују се одредбе других закона који регулишу одговарајућу материју, па се тако на проблематику акционарских друштава, акционарства или самих акција и тржишта хартија од вриједности могу примјењивати општи закони који регулишу наведене области.¹³ Међутим, специфичности банака, као облика организовања за обављање финансијских дјелатности од изузетног значаја за привреду и новчане токове сваке земље, захтијевају и посебну регулативу за одређена питања. Од тога нису

12 Види: Paul L. Davies, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, 8. ed., London, 2011, 936. У енглеском праву се прави разлика између сертификираних и несертификираних акција, па тиме и њиховог преноса. Прва метода, која се односи на трговину акцијама као хартијама од вриједности у правом смислу ријечи (у папирном облику), је била преовлађујућа до 1996. године, кад је Лондонска берза покренула систем преноса под називом Талисман. Први облик преноса данас се примјењује само на приватне компаније (тј., затворена акционарска друштва) и компаније чије акције се не налазе на берзанском листингу. Више: *ibid*, 937-954. Такође: J. Birds *et al.*, 301-308.

13 Види: Закон о банкама Републике Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 4/17, чл. 10. Слично рјешење, али с упућивањем само на закон којим се уређују привредна друштва, садржи и Закон о банкама Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 107/05, 91/10 и 14/15, чл. 3.

изузети ни статус (односно, остваривање могућности да се уопште стекне статус акционара) и поједина права акционара банке.

Посебна правила која се односе на питање подобности оснивача и лица која стичу власништво у банкама и другим финансијским институцијама произлазе из међународних принципа и стандарда о оснивању и пословању банака, а прије свега базелских Кључних принципа за ефективну супервизију банака.¹⁴ Базелски комитет за супервизију банака је основан 1975. год. од стране гувернера централних банака Групе десет земаља (G-10), као одговор на повећану глобализацију банкарских активности и поремећаје на девизним тржиштима. Његов циљ је смањење ризика од пропасти банака који је запријетио глобалном финансијском систему, кроз подстрекавање дијалога и сарадње између регулатора и договарање о стандардима адекватности капитала. Овај Комитет нема формалну наднационалну власт, али његове препоруке (тзв. меко право) су изузетно утицајне и примјењиване од стране банкарских регулатора широм свијета.¹⁵ Управо четврти кључни принцип Базелског комитета указује на нужност да се регулаторима банака омогући да разматрају захтјеве за пренос значајног или контролног удјела у банкама. Већина његових препорука је прихваћена и у директивама Европске уније.

1. Ограничења и забране стицања акција

Регулаторима финансијских институција у данашње вријеме се, дакле, постављају бројни изазови у погледу контроле власничке структуре тих институција. Међу значајним питањима, којима они треба да се позабаве, могу се нарочито издвојити питање међусобне повезаности финансијских институција које припадају различитим секторима финансијског система (нпр., друштва за осигурање и банке), затим граница међусобног капитал учешћа финансијских и нефинансијских институција,¹⁶ карактера акционарских права у неким повезаним структурама (нпр., пирамидалне структуре холдинг компаније),¹⁷ и сл.¹⁸ Такође, мора се спре-

14 Т. Јованић, 349.

15 Е. Р. Ellinger, Eva Lomnicka, *Modern Banking Law*, 3rd ed., Oxford, 2002, 59.

16 Ово питање од земаља у окружењу изричито регулише једино Закон о банкама Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, бр. 17/08, 44/10 и 40/11, који у чл. 10 прави разграничење у ограничењима узajамног капитал учешћа банке и другог правног лица зависно од тога да ли се то правно лице бави финансијском дјелатношћу или не.

17 У хрватском праву се прописује да финансијски холдинг и мјешовити финансијски холдинг, који у складу са сагласношћу за стицање квалификованог удјела има положај надређеног друштва према кредитној институцији, дужан је регулатора обавијестити о свакој промјени својих

чавати и узајамно учешће у капиталу привредних субјеката, те контролисати стицање одређених прагова капитал учешћа (од квалификованог, преко значајног, па до контролног), као и стицање сопствених акција банака. Одређена стицања се не смију ни дозвољавати, као нпр. она чији су извор средства добијена путем кредита од стране банке чије су акције предмет куповине.

У сваком случају, банкарска власничка структура мора бити транспарентна и у том погледу су много наглашенији захтјеви у односу на остале привредне субјекте. Ограничења која се, стога, постављају на овом пољу, имају за циљ очување конкуренције унутар финансијског сектора и смањење пословног ризика финансијских институција. Ограничења међуповезивања, коначно, олакшавају регулаторима и спровођење институционалног надзора над банкама.¹⁹

С обзиром да се банке у нашем правном систему сматрају отвореним акционарским друштвима независно од броја акционара,²⁰ требало би се поштовати опште правило да ограничења стицања капитал учешћа не могу бити наметнута интерним актима банке, већ се примјењују само она која су одређена Законом о банкама.

Могли бисмо закључити да се најзначајније ограничење слободног стицања акција банке, а самим тим и могућности њихове слободне продаје, уколико посматрамо проблем с аспекта постојећег акционара у улози преносиоца, састоји у услову који се односи на прибављање претходне сагласности надлежног регулатора. Наведени услов се не поставља

чланова управе, и то у року од 8 дана. Види: Ј. Барбић, 499. У праву Р. Српске, пак, сваки стицалац који подлијеже обавези тражења било претходне или накнадне сагласности за стицање акција је дужан да обавијести Агенцију за банкарство о новоименованим члановима органа управљања, сваком новом стицаоцу учешћа у таквом лицу, као и новом ортаку или комплементару, у року од 15 дана од настале промјене. Види: Закон о банкама Р. Српске, чл. 47 ст. 3. Слично рјешење садржи и Закон о банкама Србије, чл. 101 ст. 3. Проблематиком стицања акција банке у контексту стварања банкарских холдинга и њихове опасности по смањење конкуренције и могућег стварање монопола, који се настоји спријечити (у тим случајевима Борд Гувернера Федералног Система Резерви неће одобрити стицање акција), нарочито се бави америчко право. Види: пар. 1842 неофицијелног америчког Законика (*U.S. Code*), који се заснива на Закону о банкарској холдинг компанији из 1956. године (*Bank Holding Company Act*) и његовим каснијим измјенама, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/12/1842>, 11.03.2017.

18 Види: Т. Јованић, 356.

19 *Ibid*, 357.

20 Закон о банкама Р. Српске, чл. 11 ст. 3.

приликом сваког стицања, већ само у случајевима преласка одређених прагова капитал учешћа.

Упоредна права се приближно слажу који су то кључни прагови, почев од квалификованог (од 5-10%),²¹ преко значајног (20%), па до контролног учешћа (50%), које омогућује несметано доношење већине одлука из редовног пословања.²² С обзиром да више лица може дјеловати и заједнички, наведени услов се односи на збир њихових капитал учешћа, као и не само на директно, већ и индиректно стицање удјела у власничкој структури банке (које укључује и случај кад директни стицалац стиче акције за рачун другог лица, тј. дјелује комисионо). Што се тиче повезаних лица, под њима се, прије свега, подразумијевају лица која су међусобно повезана власништвом или капиталом или управљањем капиталом у одређеном проценту,²³ као и на други начин повезана лица ради постизања заједничких пословних циљева, тако да пословање и резултати пословања једног лица могу утицати на друго лице. Појам повезаних лица, такође, подразумијева и индиректну везу путем капитал учешћа у неком трећем лицу, или, обрнуто, везу два лица у којима неко треће лице има капитал учешће. Коначно, под повезаним лицима се сматрају и искључиво физичка лица која обављају одређену функцију у правном лицу (чланови управе, надзорног одбора), као и чланови породице тих лица и чланови породице који имају значење утврђено у закону којим се уређују привредна друштва.²⁴ Према томе, контрола лица која поднесу захтјев за стицање власништва у банци се не односи само на њих саме, већ и на контролу могућности да под именом подносиоца наступа више лица као да је формално један стицалац.²⁵

21 У правима Р. Српске и Хрватске ради се о прагу од 10%, а у Србији и Црној Гори 5% учешћа у гласачким правима или капиталу банке. У Србији је у раније важећем законодавству био прописан и виши праг који је износио 15% учешћа у капиталу банке. Види: Стеван Шогоров, *Банкарско право*, Нови Сад, 2004, 51. Њемачко право наведену проблематику регулише у Закону о банкама из 1998., с посљедњим измјенама од 23.12.2016. (*Gesetz über das Kreditwesen*), у одјелку 2с.

22 Осим наведених прагова, обично се прописује и потреба тражења сагласности и код преласка прага од 30-33% учешћа у гласачким правима или капиталу банке.

23 У праву Р. Српске се ради о 20% или више гласачких права или капитала. Види: Закон о банкама Р. Српске, чл. 2 ст. 23. Слично рјешење садржи и хрватски Закон о кредитним институцијама, *Народне новине*, бр. 159/13, 19/15 и 102/15, чл. 16.

24 Сличне дефиниције, поред Закона о банкама Р. Српске, садрже и други закони. Упореди: Закон о банкама Црне Горе, чл. 3 ст. 8; Закон о банкама Србије, чл. 2 ст. 23.

25 Соња Бунчић, *Правни положај банке*, Нови Сад, 2008, 166. Закон о банкама Р. Српске у чл. 42. дефинише када се сматра да више лица наступа као један стицалац. Такође, види: Закон о банкама Србије, чл. 95.

Стицаоци акција банке могу бити и страна лица из финансијског сектора, која имају и додатни услов, поред подношења захтјева за добијање сагласности, а то је утврђивање постојања сарадње и узајамности са регулаторним органом државе поријекла тог лица.²⁶ Тај орган треба доставити потврду о одобрењу страниј банци или наведеним лицима да могу бити стицаоци власништва у иностраној банци или, пак, потврду да такво одобрење није потребно.²⁷

Када лице добије сагласност регулатора за стицање акција у банци, оно не може то своје право искористити било кад, већ је везано законом прописаним роком, чијим протеклом губи то право уколико није почело или није довршило стицање до нивоа учешћа за које је добило сагласност, па је у случају намјере да настави са стицањем дужно прибавити нову сагласност.²⁸ С друге стране, уколико лице стекне квалификовано учешће, па касније пожели да га прода или на било који други начин смањи испод прагова капитал учешћа за које је добило сагласност, тада је о својој намјери дужно без одлагања да обавијести регулатора.²⁹

Да би потенцијални стицалац уопште добио сагласност, он мора проћи дискрециону оцјену његове подобности и финансијског стања, као и управљачке способности и утицаја на банку, коју даје надлежни регулатор. Приликом доношења оцјене, регулатор се руководи одређеним критеријумима, као што су пословна репутација и углед у односу на финансијске и пословне активности подносиоца захтјева, чињеница да ли је над његовом имовином отворан стечајни поступак или је био на руководећим пословима у правном лицу над чијом имовином је отворен стечајни поступак, да ли је осуђиван за одређена кривична дјела из области привредног или финансијског криминала или се над њим води поступак, као и други значајни показатељи. Уколико се утврди да наведени критерију-

26 С. Бунчић, 114. Види: Закон о банкама Србије, чл. 94 ст. 4.

27 Доступно на: www.nbs.rs/internet/latinica/55/55_8/55_8_1STARO.html, 15.03.2017.

28 Рок за стицање у праву Р. Српске износи годину дана од дана доношења рјешења о давању претходне сагласности. Види: Закон о банкама Р. Српске, чл. 41 ст. 3. У Србији наведени рок важи само за физичка лица (и то од достављања, а не доношења рјешења), док се за правна лица тражи да стицање обаве најкасније до дана усвајања првих наредних годишњих финансијских извјештаја, односно ревидираних финансијских извјештаја тих правних лица. Види: Закон о банкама Србије, чл. 94 ст. 6. Хрватско право, такође, предвиђа рок од годину дана, али допушта његово продужење за највише 6 мјесеци на образложени захтјев поднесен најкасније 15 дана прије истека рока. Види: Закон о кредитним институцијама Хрватске, чл. 24 ст. 4.

29 Ову обавезу прописују Закон о банкама Р. Српске, чл. 41 ст. 5 и хрватски Закон о кредитним институцијама, чл. 24 ст. 5.

ми нису задовољени, да није могуће утврдити поријекло средстава који-ма се намјерава стећи квалификовано учешће или би се стицањем нарушила тржишна конкуренција, првенствено стварањем или јачањем доминантног положаја на финансијском тржишту, регулатор ће одбити давање сагласности.³⁰

Сагласност се одбија и у случају када би се стицањем прекорачило ограничење узајамног учешћа. Наиме, Закон о банкама Р. Српске предвиђа да ако банка има квалификовано учешће у износу од 10% од укупних гласачких права или капитала другог правног лица, то правно лице не може стећи наведени праг капитал учешћа у банци. Исто ограничење важи и у обрнутом случају.³¹ У праву Црне Горе праг се подиже на 20% капитал учешћа, али се прави разлика зависно од тога да ли се на другој страни налази правно лице које се бави финансијском дјелатношћу или не. Ако се бави, и на њега се односи ограничење од 20%, међутим, ако се не бави, оно може стећи највише 5% ако банка већ има у њему капитал учешће од 20%.³²

О захтјеву за давање сагласности регулатор мора донијети рјешење у законом прописаном року од дана пријема потпуног и уредног захтјева.³³ Ћутање регулатора у остављеном року има дејство позитивног рјешења у праву Р. Српске.³⁴

Могли бисмо закључити да се акције банке могу стицати слободно само уколико се ради о стицању учешћа које не прелази праг квалификованог или у случају кад стицалац већ има контролно учешће у банци.³⁵

Постоји, такође, још једна могућност стицања без претходне сагласности регулатора у случају кад се акције стичу наслеђивањем, правним сљедбеништвом или другим стицањем независним од воље стицао-

30 Упореди: Ј. Барбић, 500. Овај аутор додаје и могућност неповољног утицаја на провођење монетарне или девизне политике. Видјети и разлоге одбијања давања сагласности у њемачком Закону о банкама, одјељак 2с пар. 1б.

31 Види: Закон о банкама Р. Српске, чл. 43. Исто рјешење садржи и Закон о кредитним институцијама Хрватске, чл. 23.

32 Закон о банкама Црне Горе, чл. 10.

33 У правима Р. Српске и Србије ради се о року од 60 дана. Види: Закон о банкама Р. Српске, чл. 45 ст. 2 и Закон о банкама Србије, чл. 94 ст. 2. Ти рокови се не морају поштовати уколико се банка налази у поступку реструктурирања. Види: Закон о банкама Р. Српске, чл. 235 ст. 1 т. 13.

34 Закон о банкама Р. Српске, чл. 45 ст. 6.

35 У овом другом случају, потенцијални стицалац мора да се повинује правилима која се односе на истицање јавне понуде за преузимање, с обзиром да су банке отворена акционарска друштва. Та обавеза траје све док се не пређе законом прописани праг (нпр., 75% капитал учешћа у праву Р. Српске).

ца. Типичан примјер таквог стицања било би повећање капитал учешћа услијед смањења основног капитала банке које није праћено сразмјерним смањењем удјела у њој.³⁶ И тада стицалац квалификованог учешћа остаје ускраћен за остваривање најзначајнијих статусних и имовинских права у банци све док не прибави накнадну сагласност регулатора. Сагласност се мора тражити у кратком року од дана стицања,³⁷ а алтернатива се састоји у смањењу учешћа у банци и обавјештавању регулатора о томе. О накнадном захтјеву одлучује се на исти начин и у року који је прописан за доношење одлуке о претходном захтјеву.

Када говоримо о забранама стицања акција у банкама, осим већ споменутих које се односе на узајамно учешће, може се навести и забрана кредитирања стицања акција банке. Наиме, ништави су, како правни послови чији је предмет давање кредита, аванса, јемства или гаранције банке ради директног или индиректног стицања њених акција, тако и само стицање акција средствима обезбјеђеним на овај начин.³⁸

2. Посљедице неовлашћеног стицања капитал учешћа

Надлежни регулатори имају право да контролишу законитост стицања акција у банкама. Стога, ако постоје основи сумње да је неко лице без претходне сагласности стекло квалификовано учешће, регулатор може од тог лица, чланова његових органа или матичног друштва тог лица, захтијевати достављање информација и одговарајуће документације потребне за оцјену о испуњености критеријума за давање сагласности. Ради ефикасније контроле и сама банка је дужна да периодично (најмање једном годишње) или, по потреби, на захтјев самог регулатора пружа информације о идентитету свих лица која у њој имају квалификовано учешће. Такође, дужна је да обавијести регулатора о сваком повећању или смањењу квалификованог учешћа у року од 15 дана од сазнања за исто.³⁹ У истом циљу, њемачко право установљава додатни захтјев за свако лице које намјерава да располаже са својим квалификованим удјелом или да

36 Види: Ј. Барбић, 498.

37 Према Закону о банкама Србије, чл. 100 ст. 3 и Закону о банкама Р. Српске, чл. 46 ст. 3, тај рок износи 30 дана.

38 У праву Р. Српске се, ипак, прави и изузетак од наведене забране која се протеже и на подређена друштва у којима банка има капитал учешће од 20%, ако таквим стицањем акција или удјела подређеног друштва престаје свака повезаност банке и друштва путем капитала. Види: Закон о банкама Р. Српске, чл. 40 ст. 1.

39 Види: Закон о банкама Р. Српске, чл. 48. Такође: Закон о банкама Србије, чл. 101 ст. 4 и 5.

смањи његов проценат испод законом прописаних прагова (20%, 30% или 50% гласачких права или капитал учешћа), да мора обавијестити Савезну финансијску супервизорску власт (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin*) и њемачку Савезну банку без одлагања, а наведени регулатори могу одредити и рок за подношење извјештаја да ли је смањење и спроведено.⁴⁰

Уколико се приликом вршења контроле испостави да је неко стекао квалификовано учешће без претходне сагласности или да није поднио захтјев за добијање накнадне сагласности или тај захтјев буде одбијен, регулатор ће рјешењем наложити том лицу да прода неовлашћено стечене акције у року који се креће у распону од три до девет мјесеци. Од момента доношења рјешења неовлашћени стицалац губи права из акција за које је наложена продаја,⁴¹ а те акције више не улазе у обрачун кворума за гласање и већине потребне за доношење одлука. Ако након смањења кворума за ваљано одлучивање, неовлашћени стицалац има по основу законито стечених акција и даље већину потребну за доношење одлука на скупштини акционара, регулатор тада може именовати делегата за гласање. Именовани делегат у том случају остварује сва управљачка права из акција за које је наложена продаја и дужан је да гласа у складу са налозима регулатора, док имовинска права из акција остварује банка. Мандат делегата за гласање траје све до дана продаје акција.⁴²

Чак и већ дата сагласност за стицање акција се може накнадно одузети уколико се накнадном контролом установи да је дата на основу неистинитих или нетачних података, да стицалац своја права користи на начин који угрожава стабилно пословање банке или кад регулатор оцијени да стицалац више не испуњава критеријуме за стицање квалификованог учешћа. И у овим случајевима се примјењују исте мјере као и кад сагласност уопште није ни дата. У свим наведеним случајевима неовлашћеног стицања акција или губитка сагласности за њихово стицање, уколико стицалац не испоштује налог за отуђење акција, правни посао на основу

40 Њемачки Закон о банкама, одјељак 2с, пар. 3.

41 У њемачком праву се одузима право гласа и могућност располагања акцијама без сагласности регулатора, а суд може на захтјев регулатора (*BaFin*) именовати и повјереника који ће остваривати гласачко право, а регулатор му може наложити и продају акција уколико стицалац у остављеном року не пружи доказ о испуњености критеријума за стицање акција. Види: њемачки Закон о банкама, одјељак 2с пар. 2.

42 Закон о банкама Р. Српске, чл. 49 ст. 6-10. Такође: Ј. Барбић, 501, за право Хрватске.

ког су стечене у српском праву се сматра ништавим.⁴³ У хрватском праву се, коначно, предвиђа могућност примјене и једне блаже санкције од налагања отуђења акција. Наиме, регулатор може квалификованом стицаоцу само привремено (најдуже до 12 мјесеци) забранити остваривање права гласа на скупштини акционара уколико постоји вјероватноћа да ће се својим утицајем користити супротно добром и разборитом управљању банком или да неће поступати с пажњом доброг привредника.⁴⁴

3. Стицање сопствених акција

И режим стицања сопствених акција банака није идентичан у односу на општа правила која се односе на акционарска друштва. Наиме, према општем рјешењу у праву Р. Српске, акционарско друштво не може стицати акције оригинарним путем, али је дозвољено деривативно стицање од других акционара друштва, истина и у том случају ограничено највише до износа од 10% основног капитала, осим изузетно, када је дозвољено стицање и преко наведеног процента, као у случајевима када друштво користи резерве намијењене управо за стицање сопствених акција, када стиче бес теретно у потпуности отплаћене акције, када их стиче у поступку принудне продаје на основу судске одлуке за плаћање дуга друштву, те у случају статусних промјена.⁴⁵ Законом о привредним друштвима Србије је, пак, уведена начелна забрана уписа сопствених акција (што се односи и на зависна друштва и трећа лица која поступају комисионо за друштво), али су предвиђени услови под којима скупштина друштва може одобрити стицање (такође, до 10% вриједности основног капитала друштва), а дозвољени су и случајеви кад до стицања може доћи и на основу одлуке одбора директора или надзорног одбора, ако је управљање друштвом дводомно (у случају отвореног акционарског друштва, ако је то неопходно да би се спријечила већа и непосредна штета по друштво).⁴⁶

43 Види: С. Бунчић, 114-115 и 167-168. Овакав став, од земаља у окружењу, изричито заузима једино Закон о банкама Србије у чл. 99 ст. 2. У Црној Гори се, пак, прихвата рјешење да такве акције постају акције без права гласа, до њиховог коначног отуђења. Види: Закон о банкама Црне Горе, чл. 14 ст. 3. Иначе, у овом правном систему и крајњи рок за отуђење је краћи и износи 6 мјесеци. Права Хрватске и Р. Српске не дају изричит став.

44 Види: Закон о кредитним институцијама Хрватске, чл. 33. ст. 1 и 2.

45 ЗПД Р. Српске, чл. 216 ст. 5. Упореди са чл. 284 Закона о привредним друштвима Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14 и 5/15.

46 Види: Закон о привредним друштвима Србије, чл. 281-282. Више о општем правном режиму стицања сопствених акција у Србији: Зоран Арсић, Владимир Марјански, *Право привредних друштава*, 2. издање, Нови Сад, 2015, 214-217; М. Васиљевић, 282-288.

Када је ријеч о банкама, стицање сопствених акција је начелно забрањено и допушта се само уз претходну сагласност регулатора, а средства којима се врши стицање морају потицати из добити банке. У супротном, правни посао је ништав.⁴⁷ Истина, осим у праву Црне Горе у којем се предвиђа да укупни износ сопствених акција не смије прелазити 5% сопствених средстава банке,⁴⁸ не прописује се максимални проценат учешћа сопствених акција у основном капиталу, као што је то предвиђено у општем режиму акционарских друштава. У српском праву се, с друге стране, стицање додатно ограничава условом да би се у случају продаје тих акција другим лицима нанијела знатна штета акционарима банке, те прописивањем обавезе банке да Народној банци Србије, уз образложени захтјев, достави и податке о условима под којима се стичу сопствене акције.⁴⁹ Разлози ограничених могућности стицања сопствених акција су приближно исти као и за остала привредна друштва. Ипак, потреба за додатним рестрикцијама и контролом у случају банака лежи у природи њихове дјелатности и утицају на привредне токове сваке државе. Наиме, оваквим стицањем долази до повраћаја улога унесених у банку, те се оштећују интереси акционара, али и повјерилаца.⁵⁰ У крајњем исходу, куповином сопствених акција се може стварати фиктивна слика да су оне пожељније на тржишту него што то јесте случај, те утицати на формирање нереалне цијене.⁵¹ То се може негативно одразити и на друге потенцијалне купце акција банке.

Акције стечене у своје име и за свој рачун, банка не може држати неограничено, већ их је дужна отуђити у законом прописаном року.⁵² За разлику од општег режима, не прописују се изузеци у којима се дозвољава дужи рок за отуђење. Штавише, Закон о банкама Србије изричито наводи да се исти рок односи и на сопствене акције стечене по основу на-

47 Види: Закон о банкама Р. Српске, чл. 39 ст. 1-3.

48 Закон о банкама Црне Горе, чл. 80 ст. 1. У њемачком праву се за стицање тражи дозвола редовне скупштине акционара и, такође, чини ограничење на износ од 5% основног капитала, када банка или пружалац финансијских услуга укључује сопствене акције у трговину. Тај проценат се не смије прећи на крају сваког дана, а дозвола може да важи најдуже пет година. Види: Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, 9. Auflage, München, 2010, 344-345.

49 Закон о банкама Србије, чл. 26 ст. 1 и 4.

50 С. Бунчић, 116.

51 Упореди: З. Арсић, В. Марјански, 214.

52 У правима Србије и Р. Српске то је рок од годину дана од дана стицања. Види: Закон о банкама Србије, чл. 26 ст. 7, и Закон о банкама Р. Српске, чл. 39 ст. 4. Закон о банкама Црне Горе у чл. 80 ст. 2 прописује краћи рок у трајању од шест мјесеци.

сљеђивања, правног сљедбеништва или другог стицања независног од воље банке.⁵³ У случају да не отуђи акције у прописаном року, банка их је дужна повући и поништити на терет свог акционарског капитала.

4. Принудна продаја акција

Принудна продаја, као и принудна куповина акција, су институти који се примјењују у компанијском праву на сва акционарска друштва и везују се за стицање процента капитал учешћа у износу од најчешће 90%. Разлог примјене наведених института лежи, прије свега, у прихватању реалног стања, тј. минорног утицаја мањинских акционара, који могу неким својим захтјевима, попут тражења доношења одлуке о исплати дивиденде (што често преостаје као њихов једини интерес у друштву са таквом констелацијом односа), ометати доминантног акционара у спровођењу замишљене пословне политике (нпр., појачано инвестирање у проширење пословних капацитета). Да би се избјегле такве ситуације, законом се допушта доношење одлуке о преносу преосталих акција на контролног акционара. С друге стране, омогућује се и самим мањинским акционарима да то захтијевају, у случају одсуства иницијативе контролног акционара.⁵⁴ На плану догматике, оваквим рјешењем се указује да чланство није акцијско право које се не може одузети.⁵⁵

У банкарском праву постоји, међутим, још један институт који се све више уводи у законима који се односе на питање статуса и пословања банака, а ради се о реструктурирању банке, које се спроводи као мјера реорганизације када дође до поремећаја у пословању банке, у виду алтернативе стечају, односно у циљу спречавања престанка банке путем стечаја. Регулатор тада преузима додатна овлашћења у односу на банку и може да спроводи мјере којима се задира и у акционарска права, као што су укидање права на даље стицање акција,⁵⁶ смањење њихове номиналне вредности,⁵⁷ те поништење или принудна продаја и пренос акција.⁵⁸

53 Чл. 26 ст. 8 наведеног Закона.

54 Видјети ЗПД Р. Српске, чл. 438-439.

55 Зоран Арсић, „Принудни откуп акција – откупилац, преостали акционари, злоупотреба права на принудни откуп акција“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2015, 22.

56 Закон о банкама Р. Српске, чл. 236 ст. 1 т. 2.

57 *Ibid*, чл. 235 ст. 1 т. 9. Види и чл. 252 наведеног Закона. Такође: Закон о банкама Србије, чл. 128ј ст. 2 т. 3-5.

58 Види: М. Васиљевић, 402-403.

Продаја или пренос акција се спроводе без сагласности акционара, а за преостали дио имовине подноси се приједлог за покретање стецајног поступка. Приликом продаје, регулатор мора поступати с дужном пажњом у смислу предузимања свих разумних мјера да се продаја изврши по тржишним условима. Продаја се спроводи упућивањем јавног позива потенцијалним купцима да доставе своје понуде за куповину.⁵⁹ Приход остварен преносом акција припада акционарима, с тим да се умањује за износ средстава искоришћених за финансирање реструктурирања и трошкове поступка реструктурирања. Регулатор може са купцем акција договорити чак и поврат акција, такође, без обавезе прибављања сагласности првобитних акционара.⁶⁰

За сврхе преузимања акција може се основати и банка за посебне намјене. У Р. Српској ову банку оснива сам ентитет или један или више субјеката, односно друштва у дјелимичном или потпуном власништву Р. Српске. Сврха преузимања је одржавање критичних функција банке у реструктурирању и накнадна продаја пренесених акција.⁶¹ Банка за посебне намјене, њени органи управљања или више руководство не одговарају за штету причињену акционарима банке у реструктурирању због свог дјеловања или пропуста у извршавању дужности, осим уколико је до тога дошло услед грубе непажње или теже повреде радне дужности. Исто као и у случају продаје трећим лицима, регулатор може одлучити да изврши поврат акција са банке за посебне намјене бившим власницима, без њихове сагласности, али може извршити и њихов пренос на треће лице.⁶²

У енглеском праву се, поред продаје акција трећем лицу или преноса на посебну банку основану од стране Банке Енглеске (тзв. *bridge bank*), издваја и трећа мјера стабилизације, а то је привремено јавно власништво над банком када Трезор може наложити пренос акција на име-

59 Изузетно, продаја се може спровести и без јавне објаве околично би се њоме онемогућило или отежало испуњење једног или више циљева реструктурирања. У таквим случајевима се продаја може договорити и директно са одређеним купцем. Види: Закон о банкама Р. Српске, чл. 242 ст. 5 и 6.

60 Закон о банкама Србије, чл. 128љ ст. 5. Такође, Закон о банкама Р. Српске, чл. 241 ст. 3. У наведеном члану су дефинисана и посебна правила која се односе на стицање квалификованог учешћа, као одступање од општег режима. Тако нпр., Агенција за банкарство може изузетно извршити продају и прије одлучивања о захтјеву за стицање квалификованог учешћа.

61 Више о оснивању банке за посебне намјене: Закон о банкама Р. Српске, чл. 243. За Србију, Закон о банкама Србије, чл. 128м.

62 Види: Закон о банкама Р. Српске, чл. 245 ст. 1.

новано лице од стране Трезора или компанију која је у потпуности у властништву Трезора.⁶³

На крају би се могло још истаћи да право Црне Горе поистовјећује термин реструктурирања са оним што у нашем праву садржински одговара појму статусних промјена привредних друштава,⁶⁴ али зато познаје институт докапитализације банке у привременој управи у оквиру којег наводи још једну могућност принудне продаје акција. Наиме, ако емисија акција која је спроведена на основу одлуке привременог управника о докапитализацији банке не успије, тада Централна банка може наложити продају акција постојећих акционара новим акционарима, уз обавезну докапитализацију. Ова мјера се изузетно може наложити и без претходног покушаја докапитализације од стране постојећих акционара када регулатор оцијени да је неопходно хитно рјешавање стања у банци у привременој управи у циљу одржавања финансијске стабилности.⁶⁵ Продају акција организује привремени управник банке.⁶⁶ Купци акција постојећих акционара су дужни да купе дио нове емисије акција који је пропорционалан њиховом учешћу у куповини акција постојећих акционара. У случају неуспјеха докапитализације, поништава се и претходна куповина и акције се враћају претходним имаоцима. Наиме, суштина ове мјере је у томе да се пронађу друга лица која ће обезбиједити банци додатну финансијску инјекцију, уколико то нису у стању постојећи акционари. Стога, у случају неуспјеха нема разлога ни за признањем претходне промјене акционара.

IV Закључак

С обзиром на посебан значај банака за привреду сваке државе, оне су подвргнуте специјалном правном режиму, како у сегменту компанијског права (оснивање, организациона структура, статус акционара), тако и у сегменту трговинског права (пословање банака). Проблематика стицања и располагања акцијама банака припада материји статусног права, с обзиром на то да се бави питањем могућности да неко лице постане ак-

63 Британски Закон о банкама из 2009 (*Banking Act*), пар. 11-13.

64 Види: Закон о банкама Црне Горе, чл. 43.

65 *Ibid*, чл. 127 ст. 1 и 2.

66 Одређује се почетна цијена по којој се акције продају два радна дана, а затим се та цијена сваког наредног радног дана умањује за 10%, с тим да умањење може износити највише 70% од почетне цијене акција. Види: Закон о банкама Црне Горе, чл. 127а ст. 5. Продаја се може извршити, поред давања налога овлашћеном учеснику на тржишту хартија од вриједности, и као продаја блока акција.

ционар банке, као и коришћења једног од имовинских права акционара, тј. права на располагање акцијама.

За разлику од општег рјешења по коме постоји начелна слобода трговања акцијама, посебно отворених акционарских друштава у која спадају и банке, акционари банака су подвргнути готово континуираном надзору регулатора и подлијежу значајним ограничењима. Приликом стицања акција у законом прописаним случајевима, потенцијални стицаоци морају добити претходну или накнадну сагласност регулатора, који има право дискреционе оцјене. Чак и уколико неко стекне акције независно од своје воље (нпр. насљеђивањем), мораће их отуђити уколико га регулатор оцијени неподобним за стицањем својства акционара, уз тренутну санкцију губитка акционарских права над тако стеченим акцијама. С друге стране, чак и кад намјеравају располагати са акцијама, акционари банке морају о томе претходно обавијестити регулатора.

Уколико се наведеним ограничењима додају и остале императивне норме које се намећу акционарима банака, нарочито у питањима принудне продаје акција банака које се налазе у стању реструктурирања, затим посебностима правног режима стицања сопствених акција, ограничавања узајамних капитал учешћа банака и других субјеката, посебно водећи рачуна о карактеру њихових дјелатности, те контроле пирамидалних структура које се стварају у банкарском сектору у циљу спречавања стварања монопола, може се закључити да је легислатива у односу на општи режим компанијског права прилично детаљнија и строжија. Циљ таквог приступа се, првенствено, састоји у остваривању транспарентности банкарске власничке структуре и спречавању поремећаја на финансијском тржишту.

Zoran VASILJEVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka

THE SPECIFICITIES OF ACQUISITION AND DISPOSAL OF SHARES IN THE BANK

Summary

The author is concerned with specifics of the legal regime of acquisition and disposal of shares in banks in relation to the general regime of the company law. Thereby, the referred questions are analyzed through comparison of the solutions in the legal systems of the neighboring countries as well as some repre-

sentative legal systems. It is concluded that the legislation relating to the shareholding in the banking sector is more rigorous than the one that applies to other shareholders, especially of those companies that deal with non-financial activities. This viewpoint is validated by pointing out to the limitations of acquiring equity participation with the need to obtain the regulator's approval, the specificities of the acquisition of own shares and the possibility of forced sale of shares in the case of bank restructuring, as well as other limitations and obligations imposed on bank shareholders, which fulfillment is controlled by the regulators of the banking sector.

Key words: *acquisition of shares, bank, regulator, equity participation, restructuring.*

Мр *Дамјан* ДАНИЛОВИЋ

Економски факултет Универзитета у Источном Сарајеву

НОВИ ЗАКОН О БАНКАМА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ У СВЈЕТЛУ СИСТЕМА КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА

Резиме

Слаба тржишна дисциплина и финансијско пропадање двије банке у Републици Српској су убрзали процес доношења новог закона о банкама. То је изазвало бурне расправе у Парламенту и негодовање од стране Удружења банака. Сходно околностима у којима је усвојен, закон би требало да промовише одговорније и квалитетније управљање у банкама. У том смислу рад анализира нова законска рјешења како би се могао дати суд о њиховој прогредијентности или регредијентности, у контексту система корпоративног управљања.

Кључне ријечи: банка, корпоративно управљање, регулатори.

І Увод

Корпоративно управљање је систем којим се управља и контролише компанија. Особеност у банкарском управљању јесте пренормираност. Због тога неки аутори сматрају да је правни оквир замјена за систем управљања банкама. Добар систем управљања захтијева добру интерну организацију са једне стране. То подразумијева довољан опус права акционара и адекватне механизме њиховог остварења. У оквиру управе треба да буде формирана адекватна контролна структура, док компетенције чланства треба подизати на ниво стручњака, сходно којима се процјењује њихова одговорност. Са друге стране, квалитетног управљања банкама нема без добре концепције регулатора. Они морају бити присутни од оснивања, па у свим наредним фазама пословања, као контролори свих важних процеса у банкама. Стога је рад конципиран на начин да један дио опсервира новине у оквиру интерних чинилаца система корпо-

ративног управљања, а други опсервира новине у оквиру надлежности регулатора.

II Интерни систем корпоративног управљања

Нове тенденције на пољу корпоративног управљања позиционирају адекватну употребу акционарских права као важан фактор интерне контроле компанија. На темељу досадашњих пракси наука је идентификовала низ чињеница о улози акционара у систему управљања. Претходна научна литература је акционарску структуру означавала као краља љењивца, због ријетког састајања и тиме смањене могућности да оствари јаки утицај у компанији. Сматра се да је скупштина акционара врло често гломазан и нестручан орган, а то не одговара промјењивим тржишним условима привређивања.¹ Комплексност банкарског пословања узрокује немогућност управљања компанијом од стране акционара и неизвршних директора.² Када је ријеч о квалификованим акционарима опет постоје двије стране медаље. Неки аутори сматрају да повећању акционарске активности воде софистицирани инвеститори који имају велике удјеле, на основу чега имају способности и снагу да изврше дисциплиновање својих менаџера.³ Сматра се да директна контрола једне породице над компанијом има позитивна дејства на корпоративно управљање у смислу боље употребе капитала, дугорочног улагања у ресурсе, али је проблем ако се појаве злоупотребе компаније у корист таквих породица, јер не постоје механизми заштите путем преузимања и замјене управе, јер су обично менаџери таквих компанија чланови „контролних породица“.⁴ Емпиријске анализе потврђују да крупни акционари могу имати негативан утицај на повећање „апетита за ризик“, тако што директори заступају њихове интересе у одбору.⁵ Погоршање тржишних прилика доводи до ситуације у којој акционари врше притиске на управу да остваре исти ниво профита, што није могуће у ситуацији смањења ликвидности на тржишту. Показало се да у нормалним околностима концентрација акционарске

1 Johnston Donald, *OECD Principles of Corporate Governance*, OECD, Paris, 2004, стр. 32.

2 Andrew Ellul, Vijay Yerramilli, „Stronger Risk Controls: Lower Risk, Evidence from US Banks Holdings Companies“, *NBER Working Paper*, no. 16178, 2010, стр. 6.

3 George C. Triantis, Ronald Daniels, „The Role of Debt in Interactive Corporate Governance“, *California Law Review*, Vol. 83, 1995, стр. 1076.

4 Luca Enriques, Paolo Volpin, „Corporate Governance Reforms in Continental Europe“, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21 no. 1, 2007, стр. 122-123.

5 Jan Bouwens, Arnt Verriest, „Putting Sken in the Game: Managerial Ownership and Bank Risk-Taking“, *Harvard Business School Working paper*, no. 14-070, 2014, стр. 1-33.

структуре води бољем пословном успјеху, али управо оне банке које су имале јак утицај акционара и концентрацију акционарства из посљедње финансијске кризе излазе као највећи губитници.⁶ Узевши у обзир претходно наведене чињенице, креирање оквира корпоративног управљања у сегменту акционарске структуре треба да буде каналисано довољним септом права и адекватним начинима њиховог остварења, док учене негативне чињенице треба да буду у фокусу тржишних регулатора.

Будуће реформе у систему управљања банкама ће неминовно захтијевати поштрене стандарде за стицање акционарског статуса. Нови закон о банкама је на том смјеру. Оснивачи и квалификовани акционари банака морају кумулативно испуњавати више услова као што су задовољавајуће имовинско стање, добар углед, као и управљачке способности, вјештине и знања, што провјерава Агенција за бакарство Републике Српске.⁷ Задовољавајуће имовинско стање имају акционари чија имовина прелази укупне обавезе, док се добар углед доказује параметрима који су аналогни параметрима процјене доброг угледа за носиоце кључних функција у банци. Законске новине су логичне, будући да лоше имовинско стање може директно угрозити капитал банке, док се другом претпоставком *a priori* тежи спречавању манипулација у пословним активносима.

У наредном периоду пракса Агенције треба да искристалише параметре процјене управљачких способности акционара. Засигурно је да не могу бити захтијевани исти стандарди као за чланове управа и носилаца кључних функција, али се надзире нова концепција система управљања банака у духу „професионалних акционара финансијских институција“. У том смјеру, крупна измјена се десила у погледу односа акционара према пословним плановима и стратегијама. Наиме, пројектовање и усвајање пословних планова и стратегија је сфера управљачке структуре компаније. Нови прописи захтијевају проактиван ангажман акционара по овим питањима, сврставајући наведена питања у њихову надлежност.⁸ На тај начин се од акционара захтијева да активно учествују у креирању пословних политика, стратегија и планова банака, за шта требају посједовати одређени ниво знања из пословних активности банака.

6 Matthias Kohler, Banks Owners and Managers: Who is Keen on Risk? Evidence from the Financial Crisis, 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1555663, стр. 2-22, приступљено 06.03.2017.

7 Закон о банкама Републике Српске – ЗОБРС, *Службени гласник*, бр. 4/17, чл. 14. ст. 1) и 2), чл. 44. ст. 1)-4), чл. 55. ст. 2).

8 ЗОБРС, чл. 14. ст. 6)

Систем накнада у банкама је питање од круцијалног значаја ради ширине ефеката које манифестује на различите сфере корпоративног управљања, као што је усклађеност унутрашњих интереса, дугорочна финансијска стабилност и контрола ризика. Лоше уређен систем накнада (дерегулација која води већој тржишној слободи; претјерано високи нивои накнада управа ради којих управе преузимају високе ризике у намери да остваре високе профите компанија улажењем у ризичне пословне активности; исплата накнада која искључује дужничке хартије од вриједности, на бази чега су управе стимулисане на остварење краткорочних резултата) утиче на високе ризике, а ако је систем накнађивања лоше регулисан у системски важним банкама онда то значајно утиче на изазивање тржишних поремећаја.⁹ Поред наведених аспеката, питање накнада је важно са становишта интерне транспарентности. Посљедњи регулаторни прописи су нормирали структуру накнада и критеријуме висине истих. Да би интерни механизми контроле система накнада били транспарентни, нови закон захтијева посебно информисање на годишњој скупштини акционара о укупним примањима чланова органа управљања и вишег руководства, уговорима склопљеним између банке и чланова наведених органа, као и повезаних лица.¹⁰ На овај начин се утиче на контролу висине накнада и усклађеност исте са интересима акционара и банке.

Акционари банака добијају проширену надлежност у домену избора спољног ревизора. Они именују спољног ревизора на приједлог надзорног одбора, док је то претходно била искључива надлежност надзорних одбора.¹¹ Фактички, ова новина не доноси никакве круцијалне промјене. Квалификовни и већински акционари су неформалним путем могли значајно утицати на избор спољног ревизора, мада нови прописи упућују на заједнички допринос надзорног одбора и акционара у избору друштва за ревизију.

Највише промјена нови закон доноси у сегменту структуре и надлежности надзорних одбора. Да би надзорни одбори остваривали улогу кључних интерних контролора мора бити испуњено низ претпоставки. Кумулативни систем избора и оптимално одмјерени (не прекратки) мандати, те систем избора предсједника одбора директно утичу на постизање

9 Frederick Tung, „Pay for Banker Performance: Structuring Executive Compensation for Risk Regulation“, *Northwestern University Law Review*, Vol. 105, no. 3, 2011, стр. 1216-1226.

10 ЗОБРС, чл. 56.

11 Упор.: ЗОБРС, чл. 55. ст. 15), са Законом о банкама Републике Српске – ЗОБРС 2003, *Службени гласник*, бр. 44/03, 74/04, 116/11, 05/12, 59/13, чл. 63. ст. 6).

одређеног степена нужне независности од акционарске структуре. Позитивне и негативне претпоставке независности, као и величина одбора, такође директно утичу на позицију надзорног одбора.

Сматра се да велики одбори доносе низ негативних ефеката у компанији. Уочена је појава „љенчарења“ појединих чланова одбора, престанка преузимања одговорности за поступке групе и препуштања другима водеће улоге, затим тешко постизање консензуса тако да се сматра да модел са максимално седам чланова, најнефективније превазилази наведене проблеме уколико је у структури одбора већина независних чланова који истовремено имају велико искуство у управљању финансијским институцијама.¹² Ранији закон је предвиђао структурирање надзорног одбора од предсједника и минимално четири а максимално шест чланова,¹³ што је у духу оптимизације величине одбора. Нови прописи утврђују аналогну примјену закона о привредним друштвима, тако да надзорни одбори одбори могу имати од минимално пет до максимално петнаест чланова.¹⁴ У том смислу повећање броја чланова се може сматрати лошим рјешењем, поготово што то није реална потреба узимајући у обзир величину и сложеност банака у Републици Српској. Донекле је то оправдано узимајући у обзир потенцијалну атракцију надлежности у корист надзорних одбора (одбор за именовања, за накнаде и ризике), о чему ће накнадно бити ријечи. Сходна примјена општих прописа је условила промјену кворума одлучивања, тако да умјесто већине укупног броја чланова надзорног одбора одлуке доноси већина од присутних чланова одбора,¹⁵ што је врло негативно, јер отвара могућност прикривања одговорности у одбору, будући да мањина може доносити релевантне одлуке.

Чињенице указују да надзорни одбори у пракси нису довољно независни од квалификованих и већинских акционара. Претходни позитивни прописи нису нормирали нужне услове позитивних и негативних претпоставки независности чланства одбора. Примјера ради њемачка регулатива из 2009. године је захтијевала од чланства одбора посједовање довољно знања и вјештина за разумијевање редовног пословања компа-

12 Robert C. Pozen, *The Big Idea: The Case for Professional Boards*, Harvard Business Review, 2010, <https://hbr.org/2010/12/the-big-idea-the-case-for-professional-boards>, приступљено 07.03.2017.

13 ЗОБРС 2003, чл. 53.

14 ЗОБРС, чл. 58. ст. 1) и 3); Закон о привредним друштвима Републике Српске – ЗОПДРС, *Службени гласник*, бр. 127/08, 67/13, чл. 299.

15 ЗОПДРС, чл. 310.

није,¹⁶ док кодекс корпоративног управљања захтијева да одбори у цјелини морају имати стручна знања и вјештине да обављају контролу пословања. Ради предупређења таквог стања нови закон о банкама РС је предвидио одређена побољшања. Предсједника надзорног бирају чланови одбора, структура одбора подразумијева трећину независних чланова, а одбори као цјелина морају имати знања, способност и искуство за надзор над банкама.¹⁷ Евидентно је да у овом сегменту закон тежи да отклони уочене проблеме непостојања независности и нужне стручности. Формална позиција шефа одбора омогућује лицима на тим дужностима да имају најјачу снагу у одбору, тако да су надзорни одбори независнији од доминантних акционара ако шефа бирају чланови одбора, него када га бирају акционари. Висок проценат независног чланства такође треба да предупреди проблеме доминације интереса акционара или управе и учини објективном функцију надзора. Такође је отклоњен велики пропуст претходне легислативе која није захтијевала стручне квалификације чланства, без којих надзорни одбори у све сложенијим условима пословања и ширењу надлежности одбора не могу обављати контролну улогу на задовољавајући начин.

У новој концепцији надзорних одбора је евидентно ширење надлежности у домену управљања. Надзорни одбор утврђује приједлог пословне политике и стратегије банке, план пословања и подноси их скупштини банке на коначно усвајање, те усваја стратегију и политику за управљање ризицима, као и стратегију за управљање капиталом банке.¹⁸ Иницијација у креирању пословних планова, политика и стратегија даје надзорним одборима велике могућности утицаја на управљачку сферу. Управа банке предлаже пословне циљеве, стратегију, и политику управљања ризицима и информише надзорни одбор о њиховом спровођењу, док надзорни одбор разматра и усваја пословне циљеве, стратегију и политику, стратегије преузимања ризика и политике управљања ризицима.¹⁹ Постављање оквира система за управљање ризицима и контролне надлежности према управи у контексту поштовања истих, дају надзорним одборима супериорну позицију у контроли ризика. Даље, надзорни одбор одлучује о унутрашњој организацији, односно организационој структури банке која обезбјеђује поједну дужности, надлежности и одговорности запослених на начин којим

16 Bernard Westphal, *Der Aufsichtsrat*, Leinen & Derichs Anwaltsozietat, Koln, 2012, стр. 13.

17 ЗОБРС, чл. 58. ст. 2), 4), 6).

18 ЗОБРС, чл. 66. ст. 3) и 4).

19 Одлука о савјесном поступању чланова органа банке, *Службени гласник*, бр. 80/13, чл. 6.

се спречава сукоб интереса и обезбјеђује транспарентан и документован процес доношења и спровођења одлука.²⁰ Дакле, надзорни одбори у оквиру контролних дужности креирају унутрашњу организацију која треба да буде остварена на начелима подјеле одговорности и адекватног протока информација у банци. Овакве концепције утицаја на управљачку функцију захтијевају изражен проактиван ангажман у обављању дужности, који не почива искључиво на разумијевању контролних функција, већ професионално познавање пословних процеса у банци и тренутних околности у којима банка послује.

Истраживања показују да су проблеме у системима корпоративног управљања компанија са краја двадесетог вијека изазвали лоши системи унутрашњих контрола.²¹ Промјене дотадашње концепције корпоративног управљања су, између осталог, значиле успостављање посебних тијела за контролу ризика и укљученост више нивоа контроле ризика.²² Важећи банкарски прописи диференцирају више контролних функција. Банке морају имати успостављену функцију управљања ризицима, функцију праћења усклађености пословања и функцију интерне ревизије, а лица која обављају контролне функције не смију бити у сукобу интереса нити повезана лица и могу обављати искључиво послове из те функције.²³ Базелски одбор за супервизију банака је промовисао низ принципа по којима треба бити организована функција интерне ревизије, која подразумева посебност функције за контролу ризика, независност од одбора, стручност чланства, и др.²⁴ Нови закон о банкама нормира низ важних чињеница из домена интерних контролних механизма. Потребно је да у банкама буду усвојене стратегије за управљање ризицима и поступци за управљање ризицима, потребно је конституисање посебне организационе цјелине са дефинисаним активностима у контроли ризика, са тим што је закон нормирао цијели низ ризика који морају бити обухваћени овом активношћу. Нови закон за системски важне банке захтијева конституисање одбора за ризике, одбора за именована и одбора за накнаде, док у банкама које нису системски важне надзорни одбор оба-

20 ЗОБРС, чл. 66. ст. 15).

21 Kern Alexander, „UK Corporate Governance and Banking Regulation: The Regulators Role as Stakeholder“, *Stetson Law Review*, no. 33, 2004, стр. 997.

22 ЗОБРС, чл. 89, 90, 94.

23 ЗОБРС, чл. 92 и 93.

24 Basel Comettee for Banking Supervision, *The internal audit finction in banks*, Bank for International Settlements, Basel, 2012.

вља дужности ових одбора уколико исти нису конституисани.²⁵ Дакле, добро је што закон промовише обавезност и посебност функције управљања ризицима, али може бити потенцијално лоше што надзорни одбор као примарни контролор у сегменту ризика улази у сферу директног управљања ризицима у банкама које нису системски важне.

Одбор за ревизију је важно тијело интерне контроле, за које нови закон уводи промјене. Традиционална улога одбора за ревизију је везана за надзор, праћење и савјетовање у вези финансијског извјештавања, а због значаја области његове дјелатности она постаје јавни интерес, те јој се у задње вријеме придодају и функције надзора над процесом извјештавања, ризицима, контролним процедурама, функцијом интерне и екстерне ревизије.²⁶ Функције одбора за ревизију нису мијењане, већ структура чланства и стандарди квалификованости чланства. Одбор за ревизију чине најмање три члана, по аналогији са општим прописима максимално петнаест чланова, док су ранији прописи захтијевали тачно пет чланова.²⁷ Дакле, десиле су се идентичне промјене у структури одбора за ревизију са промјенама структуре надзорних одбора, па је идентичан став и по позитивним и по негативним промјенама.

Сматра се да цјелокупно чланство одбора за ревизију котираних банака мора испуњавати услове независности, тј. непостојање повезаности чланова одбора за ревизију са банком и њеним јединицама, нити накнада члановима за консалтинг, савјетодавне и сличне функције према банци, док се у случају преласка чланова одбора за ревизију на друге функције у банци предвиђа „период хлађења“ од годину дана, а поред независности битан је и критеријум стручности, по коме сви чланови одбора за ревизију морају бити финансијски писмени, а најмање један мора бити финансијски експерт.²⁸ Нови закон доноси значајна побољшања у домену позитивних претпоставки независности. Чланство одбора за ревизију мора посједовати радно искуство у области финансија, ревизије и рачуноводства, а најмање једно лице мора имати професионално звање овлаштеног ревизора, уз забрану упоредног обнашања позиције члана одбора за ревизију са службеничким или функцијама у органима исте

25 ЗОБРС, чл. 77.

26 Марина Гавриловић, „Управљање информацијама – модел савременог корпоративног управљања ризицима“, *Финрар*, Бањалука, 2014, стр. 211.

27 Упоредити ЗОБРС, чл. 78. ст. 1), са ЗОБРС 2003, чл. 75.

28 Robert J. Taylor, „The Role of the Audit Committee for Publicly-Traded Community Banks“, *Banking Law Journal*, Vol. 125, no. 2, 2008, стр. 152 и 156.

банке, као и постојање финансијског интереса у банци, сем накнаде за вршење функције која се одобрава одлуком скупштине друштва.²⁹ Општи прописи РС утврђују принцип да се чланство у тијелима интерне ревизије бира из реда независних лица,³⁰ што се аналогно примјењује на банкарске прописе.

Функција усклађености, тј. функција управљања правним ризицима, јесте незаобилазан сегмент у структурирању система корпоративног управљања. Ризик усклађености јесте ризик од правних или регулаторних санкција, материјално-финансијског губитка, или репутације, настао као посљедица непоштовања позитивних прописа.³¹ Базелски одбор за супервизију банака је промовисао низ начела организовања функције усклађености у банкама. Између осталог, важно је да функција усклађености буде посебан и независан орган, што подразумијева постојање формалног статуса унутар банке, затим постојање функције руководиоца, независност и стручност чланства и могућност чланства ове функције да имају приступ информацијама и особљу банке.³² Промјене позитивних прописа РС су ишле у правцу обавезног конституисања посебне организационе јединице за контролу правних ризика,³³ која испуњава наведене, опште прихваћене стандарде организовања.

III Регулатори у систему корпоративног управљања

Са историјског аспекта, чињенице у задњим деценијама двадесетог вијека недвосмислено потврђују да супервизија банкарског сектора не смије бити организована по принципима дерегулације и децентрализације, уколико се тежи успостављању законитог и стабилног пословања банака.³⁴ У упоредним правима је опште прихваћено постојање посебних регулаторних тијела која контролишу банкарски сектор, сходно чему имају велики утицај на систем корпоративног управљања.

Пренормираност на том пољу и широк опсег контролних надлежности регулатора јесте нужност која проистиче из више различитих чи-

29 ЗОБРС, чл. 78. чл. 3) и 4); ЗОБФБиХ чл. 32.х.

30 ЗОПДРС, чл. 322.

31 Basel Comettee for Banking Supervision, *Compliance and the compliance function in banks*, Bank for International Settlements, Basel, 2005, стр. 7.

32 *Ibidem*, стр. 10-12.

33 ЗОБРС, чл. 95.

34 Andreas Busch, „National Filters: Europeanisation, Institutions, and Discours in the Case of Banking Regulation“, *West European Politics*, Vol. 27, 2004, стр. 9-12.

њеница. Окосница пословања банака јесу депозитно кредитни послови, што условљава низ других специфичних односа. Банке имају изражен „левериџ“, тј. висок износ посједованог туђег капитала у односу на мањи дио сопственог капитала, тако да је у банкарском пословању значајан интерес повјерилаца, међу првима штедиша.³⁵ Кредитно-депозитно пословање отвара проблем диспаритета рочне структуре имовине банке и њених обавеза.³⁶ Поврат депозита по виђењу може бити захтијеван од стране депонената у сваком тренутку, док исти механизам није примјењив када је банка повјерилац по пласираним кредитима. Због тога би и најразвијеније банке постале неликвидне када би значајнији проценат депонената повукао депозите, стога регулаторна тијела својим присуством морају одржавати повјерење у банкарски сектор. Банке имају ширу привредну улогу јер су највећи кредитори привреда најразвијенијих земаља.³⁷ Без организованог система пласмана новца у привредне системе би значајно био успорен привредни развој, што је још један разлог повећане бриге за банкарски систем, у циљу одржања његове стабилности.

Динамика развоја посебног статуса регулатора у систему корпоративног управљања банкама није заостајала за развојем интерних чинилаца система управљања. Снага регулатора се мјери кроз призму различитих параметара као што су: овлаштења која имају у надзору и контроли банака, права регулатора на састајање са екстерним ревизорима, обавезе интерних ревизора на директну комуникацију са регулаторима, права регулатора да воде поступке против екстерних ревизора због немара, могућности принуде на промјену унутрашње структуре банке, обавезе објектањања супервизорима ванбилансних ставки, могућности регулатора да налажу директорима да покрију проузроковане губитке, могућности регулатора да суспендују дистрибуцију накнада (дивиденде, бонуси, накнаде за управљање), односом регулаторских наспрам права акционара, могућности да покрену стечај, могућности регулатора да суспендују чланска права и да мијењају менаџмент.³⁸ Оцјењујући снагу регулатора у

35 Kose John, Yiming Qian, „Inentive Features In CEO Compensation in the Banking Industry“, *FRBNY*, Vol 9, no. 1, New York, 2003, стр. 110.

36 Medhat Hassanein, Rehab Wahsh, „CEO duality and bank performance: the consistent null, *Bank and Banks Systems*“, Vol. 7, iss. 1, 2012, стр. 15.

37 Luc Laeven, „Whats Special About Banks“, *Annual Review of Financial Economics*, Vol. 5, no. 1, 2013, стр. 65.

38 James R. Barth, Gerard Caprio, Ross Levine, „Bank Regulation and Supervision in 180 Countries from 1999 to 2011“, NBER, Cambridge, 2013, стр. 16-17.

складу са прерогативама из 2011. године, БиХ је сврстана у земље са регулаторима слабе снаге.³⁹

Агенција за банкарство Републике Српске има цијели низ надлежности у контроли банака. У фази оснивања даје сагласност за оснивање банке приликом чега разматра испуњеност неопходних законских услова (капитал, нормативни акти организациона структура, технички услови, испуњеност услова на страни акционара и чланства управе) и одузима дозволу за рад банке у законом утврђеним случајевима.⁴⁰ Како у фази оснивања, тако у наредном периоду Агенција даје сагласност на оснивање пословних јединица у и изван БиХ, као и представништва банке.⁴¹ Агенција даје сагласност на статусне промјене банке уз претходну контролу низа чињеница као што су: утицај статусних промјена на стабилност пословања банака, утицај таквих промјена на финансијски сектор у цјелини, дозвољеност у смисли тржишних концентрација, могућност адекватне регулаторне контроле након статусних промјена, и др.⁴² Агенција даје сагласност на стицање квалификованог учешћа у банци након провјере испуњености законских услова (углед, финансијска способност, способности, знања и вјештине за управљање, и др.) и одузима сагласност за стицање квалификованог учешћа у случајевима утврђења непостојања законских претпоставки и кориштења права квалификованих акционара на начин који угрожава стабилно пословање банке.⁴³ Агенција даје сагласност за именовање носилаца кључних функција у банци (чланство надзорних одбора и управе) и одузима сагласност у случају непостојања законских претпоставки за обављање функције у банци, али Агенција може смијенити члана управе у банци уколико му је за посљедње четири године изрекла три опомене.⁴⁴ Новина јесте могућност регулатора да немарно и незаконито поступање чланова управе санкционишу опозивом. Узимајући у обзир параметре снаге регулатора, она се појачала у овом домену, једино што не постоји као опција у нашем правном систему јесте деривација одштетних захтјева према члановима управе, која остаје у искључивој надлежности акционара.

39 *Ibidem*, стр. 40.

40 ЗОБРС, чл. 15-18, 30-31.

41 ЗОБРС, чл. 19-25.

42 ЗОБРС, чл. 32-33.

43 ЗОБРС, чл. 41-51.

44 ЗОБРС, чл. 61-62, 70, 74.

Нови закон шири права регулатора у домену корективних мјера које служе отклањању незаконитости. Нормиране су као мјере ране интервенције, у оквиру којих Агенција може: захтијевати од органа управљања банке да анализирају стање, утврде мјере за рјешавање утврђених проблема и израде план и рокове за рјешавање тих проблема; наложити надзорном одбору банке да сазове скупштину акционара или да директно сазове скупштину акционара банке, ако надзорни одбор не поступи по њеном захтјеву, те у оба ова случаја одреди дневни ред скупштине и захтијева да акционари размотре и донесу одговарајуће одлуке; наложити надлежном органу банке да разријеша једног или више чланова органа управљања или вишег руководства банке ако се установи да ова лица нису способна да извршавају своје дужности, као и да именује нова лица у складу са законом; именовати савјетника; захтијев за измјену пословне стратегије банке; захтијев да банка измјени организациону структуру.⁴⁵ У суштини Агенција у наведеним случајевима може предузети најважније надлежности које изворно припадају органима банке и ограничити њихова права. У случају значајног погоршања финансијског стања или тежег кршења закона, а када мјере ране интервенције нису довољне за побољшање таквог стања, Агенција може суспендовати или ограничити управљачка права, забранити остваривање гласачког права, наложити акционарима отуђење акција и забранити обављање функција у било којој банци без сагласности Агенције.⁴⁶ Дакле, регулатори могу суспендовати акционарска права и наложити престанак акционарског статуса у банци, што је значајна новина у нашем праву.

Нови институт у оквиру регулаторне контроле, сличан институту стручног повјереника, јесте савјетник. Именује га Агенција ако оцијени да банка значајно крши позитивне прописе. Стручни повјереник, врши контролу пословних књига и документације, и има правну природу специјалне ревизије.⁴⁷ Кључне функције савјетника се подудару са функцијама стручног повјереника, јер и савјетник на основу контроле пословних књига и документације даје мишљење о финансијској стабилности и усклађености пословања банке са законом, али превазилази надлежности стручног повјереника у случају ако Агенција утврди дјелокрут правних радњи на које савјетник даје мишљење или сагласност за предузимање, с

45 ЗОБРС, чл. 202.

46 ЗОБРС, чл. 204.

47 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, 3. издање, Београд, 2007, 432.

тим што савјетник има право присуства сједницама управе.⁴⁸ Са друге стране позиција савјетника нема правну природу принудне управе, јер он не суспендује управљачка и акционарска права, нити има надлежности да сам предузме правне радње из наведених сфера, већ обавља првенствено функцију контроле пословања и управљања. Може се закључити да овај институт има правну природу *sui generis* ревизије. Регулаторна легислатива и пракса требају у наредном периоду да прецизирају остваривање надлежности савјетника.

Реално приказивање имовине и обавеза привредних друштава је важно питање како за акционаре, тако за бројне постојеће и потенцијалне инвеститоре. Из такве констелације односа екстерна ревизија која објективно и независно оцјењује финансијске извјештаје јесте јавни интерес. Истини за вољу, различити случајеви показују да се нереално приказивање имовине може „провући“ кроз извјештаје екстерне ревизије. Тако је манипулативно финансијско извјештавање инвеститоре Енрона коштало 11 милијарди долара, а цијена акције из 2000. је са 90 долара пала у на 1 долар у 2001. години.⁴⁹ И поред оваквих чињеница се не смије одустати од овог вида контроле, већ треба тежити његовом усавршавању. Када су у питању банке, логично је да регулатори морају имати одређене надлежности над овим сегментом контроле.

Ранији банкарски прописи су захтијевали искључиво достављање финансијских извјештаја Агенцији ради контроле. Нови закон о банкама шири надлежност Агенције, која даје сагласност на именовање екстерног ревизора након провјере испуњености нужних законских претпоставки.⁵⁰ Ако Агенција утврди да екстерни ревизор није обавио ревизију финансијских извјештаја банке и банкарске групе у складу са позитивним прописима и правилима ревизорске струке или на други начин утврди да мишљење о финансијским извјештајима банке није засновано на истинитим и објективним чињеницама, може одбити ревизорски извјештај и захтијевати од банке да друго привредно друштво за ревизију обави ревизију или, када то оцијени потребним, директно именувати привредно друштво за ревизију о трошку банке.⁵¹ Очигледно је да закон даје могућност Агенцији да директно именује екстерног ревизора без покретања

48 ЗОБРС, чл. 205-209.

49 Ката Шкарић Јовановић, „Финансијско извјештавање о ентитетима за посебне намјене“, *Финарар*, Бањалука, 2012, стр. 34.

50 ЗОБРС, чл. 169-170.

51 ЗОБРС, чл. 173.

интерне процедуре именовања у случајевима постојања оправдане сумње за прикривањем нелегалних радњи банке, прикривања стварног стања имовине банке, чињеница које указују на кршење стандарда одржавања капитала, дозвољеног нивоа ризика и др., ако постоји могућност да акционари системом номинације утичу на ревизора да у извјештају прикрије одређене чињенице, када се Агенција ставља у службу заштите јавног интереса. Посљедица одбијања ревизорског извјештаја је немогућност ревизорског друштва да обавља ревизују за исту банку у наредној финансијској години.⁵² Агенција нема могућност да изриче казне према екстерним ревизорима, нити да поставља захтјеве за накнаду штете изазване несавјесним обаљањем дужности, али је из нових надлежности видљиво да у овом сегменту долази до појачавања улоге регулатора.

IV Закључак

Евидентан је тренд ширења надлежности акционарске и контролне структуре банака. Акционари банака су надлежни за усвајање краткорочних и средњерочних пословних политика, стратегија и планова. Добар систем управљања банкама је у јавном интересу, стога нови закон поштрава стандарде за стицање статуса оснивача и квалификованог акционара банке. Надзорни одбори директно усвајају политике и стратегије управљања ризицима и надзиру њихово спровођење. Добро је што нови закон захтијева диференцирање функција интерне ревизије, управљања ризицима, функције усклађености, а за системски важне банке конституисање посебног одбора за ризике који перманентно и систематично евидентира и контролише ризике. Захтјеви за стручношћу и независношћу чланства надзорног и одбора за ревизију јесу похвални, али могућност повећавања чланства у одборима и смањење кворума одлучивања не иде на руку успостављању система одговорности, што су у контексту корпоративног управљања уједно највеће замјерке на нови закон.

Регулатори имају широке надлежности којима директно или индиректно утичу на систем управљања. Од свих параметара којима се мјери снага регулатора, претходни закон је најуже надлежности предвиђао у сегментима суспензије акционарских и права управе, санкционисања носилаца кључних функција и односу регулатора према екстерним ревизорима. У сваком од наведених сегмената је дошло до проширења надлежности. Будући развој надлежности регулатора се може очекивати у до-

52 ЗОБРС, чл. 170. ст. 4).

мену права на вођење истражних поступака против одговорних лица у банци, проширење права на санкционисање и деривацију одштетних захтјева према истим, те могућност санкционисања екстерних ревизора.

Damjan DANILOVIC, Mag.

Faculty of Economics University of East Sarajevo

THE NEW LAW ON THE REPUBLIC OF SRPSKA BANKS IN THE LIGHT OF CORPORATE GOVERNANCE SYSTEM

Summary

Insufficient market discipline and financial declension of two banks in the Republic of Srpska hasten the process of promotion of a new law on banks. This caused a stormy debate in the Parliament and disapproval from the Banks Association. According to the circumstances in which the law was adopted, it should promote more responsible and more quality bank governance. In these terms, this paper has analysed new legal possibilities in order to provide a judgment about its progredience or regredience, in the context of corporate governance system.

Key words: bank, corporate governance, regulators.

ПРИВРЕДНИ СПОРОВИ - СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

Dr. Dr. h.c. *Christa* JESSEL-HOLST
Affiliate, Max Planck Institute for Comparative
and International Private Law, Hamburg

THE EUROPEAN ACCOUNT PRESERVATION ORDER (EAPO) AS A MEANS TO FACILITATE CROSS-BORDER DEBT RECOVERY IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS

Summary

This contribution contains a presentation of the Regulation (EU) No 655/2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters which is applicable from 18 January 2017. With EAPO, the Union has created an effective mechanism for the cross-border attachment of bank accounts in the EU. The author provides a survey of the procedure for obtaining a preservation order, of the recognition, enforceability and enforcement of the preservation order and of possible remedies against it. She also gives an outline of the implementation of the EAPO-Regulation in Germany and in Croatia.

Key words: *Regulation (EU) No 655/2014, European Account Preservation Order (EAPO), cross-border debt recovery, freezing bank accounts, implementation in Germany, Croatia.*

I Introduction

The core topic of the 26th Congress of Business Lawyers of Serbia places at the focus of attention “economy and case law of courts and arbitral tribunals”. However, economic disputes do not terminate with the rendering of

a judgment or of an arbitral award. The real difficulties often arise on the level of enforcement, in particular in cross-border cases.

The focus in the present contribution shall therefore be on the newly introduced European Account Preservation Order as a means of improving the enforcing judgments in the European Union. Since the start of negotiations for EU-accession of the Republic of Serbia (candidate country since March 2012) in 2014, several chapters have been opened, among them Chapter 24 “Justice, Freedom and Security”. As a consequence, one of the tasks facing Serbia will be to prepare for implementation of art. 81 of the Treaty on Functioning of the European Union (TFEU)¹ which deals with judicial cooperation in civil matters. In this respect, the Union possesses comprehensive regulatory competences.

Declared goal is the creation of a European Area of Justice. The competences of the Union include *inter alia* the adoption of measures aimed at ensuring the so-called “free movement of judgments”, by establishing mechanisms for the mutual recognition and enforcement of judgments between the Member States.

The cross-border enforcement of judgments was already addressed in the earliest European instrument in the field of judicial cooperation in civil matters, namely the Brussels Convention of 27.9.1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters², which was later on replaced by the Brussels I Regulation³, now Brussels I Regulation (recast).⁴

It is true that already the Brussels Convention, as well as the Brussels I Regulation and the recast contained provisions which empowered the courts of a Member State to take provisional, including protective measures even if the courts of another state had jurisdiction for the merits of the case (e.g. art. 35 Regulation Brussels I (recast)). However, in practice it remained extremely difficult for creditors to obtain protective measures in the form of account preservation orders under EU-law. One of the reasons was that no mechanism existed for providing the creditor with reliable information on the debtor’s bank accounts in other Member States. It was also not possible to catch the

1 Consolidated version *OJ C* 326, 26.10.2012, p. 47.

2 For OJ reference see *OJ C* 27, 26.01.1998, p. 1.

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

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

debtor by surprise (see art. 2(a) subpara. 2, 2nd sentence Brussels I Regulation (recast)). The Regulation did not prevent the use of national procedures for obtaining protective measures, but these could be costly and cumbersome, especially where the debtor had bank accounts in several Member States.

The need was therefore seen for establishing “a Union procedure enabling a creditor to obtain a European Account Preservation Order ... which prevents the subsequent enforcement of the creditor’s claim from being jeopardised through the transfer or withdrawal of funds up to the amount specified in the Order which are held by the debtor or on his behalf in a bank account maintained in a Member State”.⁵

On 15 May 2014, Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters⁶ has been adopted.⁷ The Regulation applies from 18 January 2017.

For technical details see Commission Implementing Regulation (EU) 2016/1823 of 10 October 2016 establishing the forms referred to in Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters.⁸

II European Account Preservation Order (EAPO)

1. Scope of application

The EAPO-Regulation is only available to creditors as an option, that is: as an alternative to preservation measures under national law (art. 1(2) EAPO-Regulation).

The material scope of application is limited to pecuniary claims in civil and commercial matters (art. 2 EAPO-Regulation) and practically corresponds to the scope of the Brussels I Regulation (recast).

The use of EAPO is limited to cross-border cases. These are legally defined in art. 3 EAPO-Regulation. Namely, either the court carrying out the

5 Regulation (EU) No 655/2014 – EAPO-Regulation, Art. 1(1).

6 OJ L 189, 27.6.2014, p. 59.

7 See in this context J. von Hein, “Account Preservation Order Regulation”, in: Basedow, Rühl, Ferrari, de Miguel (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Vol. 1, (in print) with further references.

8 OJ L 283, 19.10.2016, p. 1.

procedure or the country of domicile of the creditor must be in a different Member State than the one in which the debtor's account is maintained.

As regards the territorial scope, the EAPO is not applicable in relation to Denmark (rec. 51) and to the United Kingdom (rec. 50).

2. Structure

The EAPO-Regulation addresses in six chapters the following issues:

- Subject-matter, scope and definitions,
- Procedure for obtaining a preservation order,
- Recognition, enforceability and enforcement of the preservation order,
- Remedies,
- General provisions,
- Final provisions.

3. Essential characteristics

a) Procedure for obtaining a preservation order

The creditor may apply for a preservation order either before initiating proceedings against the debtor on the substance of the matter, or during the proceedings, or after obtaining a judgment or other title in a Member State (art. 5 EAPO-Regulation).

For many procedural steps, uniform forms exist which may be completed online.⁹

Where the creditor has already obtained a judgment, jurisdiction to issue a preservation order shall lie with the courts of the Member State in which the judgment was issued (art. 6(3) EAPO-Regulation).

If not, the courts of the Member State shall be competent which have jurisdiction to decide on the substance of the matter (art. 6(1) EAPO-Regulation). It is conceivable that more than one court is internationally competent. In such situation, art. 16 EAPO-Regulation prohibits simultaneous parallel EAPO-applications to several courts. If the debtor is a consumer who has concluded a consumer contract, exclusive competence shall lie with the courts of the Member State in which the debtor is domiciled (art. 6(2)).

⁹ For the 9 EAPO forms see: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order_forms-378-en.do?clang=en.

Where the creditor has not yet obtained in a Member State a judgment, conditions for issuing a preservation order are particularly strict. The creditor must then not only submit sufficient evidence showing an urgent need for such protective measure, but shall in addition submit proof as to the well-founded nature of his claim against the debtor (art. 7 EAPO-Regulation). For practical examples see also rec. 14.

Applications for a preservation order shall be lodged using a detailed standard form (art. 8). The application can also be submitted electronically, provided the Member State in which the application is lodged allows this.

Representation by a lawyer is possible but not mandatory (art. 41 EAPO-Regulation).

The court decides in a written procedure and on the basis of the information and evidence provided by the creditor (art. 9 EAPO-Regulation).

The debtor shall not be notified of the application, or be heard prior to the issuing of the order (art. 11 EAPO-Regulation). The surprise-effect is one of the major advantages of EAPO. However, this does not mean that the debtor is left without proper protection.

Namely, in a case where the creditor has not yet obtained a judgment, before the preservation order is issued, the creditor shall be required to provide security to prevent abuse and to ensure compensation for potential damages suffered by the debtor (art. 12 EAPO-Regulation).

If the creditor has applied for a preservation order before even initiating proceedings, he must initiate these proceedings within 30 days from the day on which the application for the preservation order was lodged, or within 14 days after the issue of the order, whichever date comes later, and must provide proof in support of this to the court. If the creditor fails to do so, the preservation order shall be revoked or shall terminate (art. 10 EAPO-Regulation).

Liability of the creditor for damages caused to the debtor by the preservation order is stipulated in art. 13 EAPO-Regulation.

The success of the EAPO to a large extent depends on the availability of information for the creditor on the whereabouts of the debtor's assets. The creditor may request the court before which the application for a preservation order is pending to request information from the Member State of enforcement. To this purpose, the Regulation establishes a regime of "information authorities" in the participating Member States. All banks in its territory are obliged to disclose to the information authority whether the debtor holds an

account with them. The court may also oblige the debtor to disclose with which banks in its territory he holds accounts.

Requests for the obtaining of account information are limited to cases where the creditor has already obtained a judgment (for details see art. 14 EAPO-Regulation). This requirement is intended to prevent abuse of the mechanism of the EAPO-Regulation.

b) Recognition, enforceability and enforcement of the preservation order

A preservation order issued in a Member State shall be recognized automatically and shall be enforceable in the other participating Member States without a need for a declaration of enforceability (art. 22 EAPO-Regulation).

Accounts held by spouses or other joint or nominee accounts may be preserved only to the extent to which they may be preserved under the law of the state of enforcement (art. 30 EAPO-Regulation). Amounts exempt from seizure under national law shall also be exempt from preservation under the EAPO-Regulation (art. 31 EAPO-Regulation). Last not least, the preservation order shall have the same rank as an equivalent national order in the Member State of enforcement (art. 32 EAPO-Regulation). Information as to the content of the national law of the Member States with regard to the issues mentioned in articles 30-32 EAPO-Regulation is accessible on the European e-Justice Portal.

c) Remedies

The EAPO-Regulation provides for the following remedies:

- Remedies of the debtor against the preservation order (art. 33),
- Remedies of the debtor against the enforcement of the preservation order (art. 34),
- Other remedies available to the debtor and the creditor (art. 35).

The debtor is also given the right to provide security in lieu of preservation (art. 38 EAPO-Regulation).

The rights of third parties which are affected by a preservation order are regulated in art. 39. Their right to contest a preservation order is governed by the law of the Member State of origin, whereas their right to contest the enforcement of an order is governed by the law of the Member State of enforcement.

III Implementation of the EAPO-Regulation in Germany

The regulations of the EU have general application and are binding in their entirety and directly in all Member States (art. 288(2) TFEU). Unlike directives, they are not transposed into the national law of the Member States. Therefore, the EAPO-Regulation is directly applicable in the participating Member States.

Nevertheless, in the case of regulations, implementing provisions must be adopted in the national laws of the Member States in order to ensure that the regulations can be applied properly in the respective country.

For the Republic of Serbia as a candidate state, it may be of interest to see how the Regulation (EU) No 655/2014 has been implemented in countries which already have membership status. In the following it shall therefore be demonstrated in an exemplary manner how Germany and Croatia have proceeded in the matter of implementation of EAPO.

German provisions implementing quite a number of EU-Regulations in the field of judicial cooperation in civil matters are contained in Book 11 of the German Civil Procedure Code (“ZPO”), entitled “Judicial cooperation within the European Union”. Other regulations are implemented by special legislative acts, as for example the International Succession Law Procedure Act¹⁰ which determines the details of application of the Succession Regulation (EU) 650/2012 in Germany. Still other acts, e.g. the International Family Law Procedure Act¹¹ have been adopted for implementing collectively certain EU-Regulations, Hague Conventions and other conventions dealing with related matters.

As regards the EAPO-Regulation, implementing provisions have been adopted in the new sections 946-959 ZPO.¹² By way of an exception, these provisions are not located in the afore-mentioned Book 11, but in the Book 8 ZPO entitled “Compulsory enforcement” (Chapter 5, “Seizure and injunction”).

10 Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz (“IntErbRVG”), for the German version see: <http://www.gesetze-im-internet.de/interbrvg/index.html>.

11 Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz (“IntFamRVG”), for the English translation see: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_intfamrvg/index.html.

12 The updated version of the ZPO may be accessed free of charge under: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html>.

An update to the English translation has not been provided yet but should at a later moment be available under: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html.

The basic information required in art. 50 EAPO-Regulation as to the implementation of the EAPO-Regulation in Germany is accessible on the European e-Justice Portal (so far in German language only).¹³

It may be interesting to know that the *Bundesamt für Justiz* (Federal Office of Justice) in Bonn has been appointed as the German information authority in the meaning of art. 14 EAPO-Regulation.

IV Implementation of the EAPO-Regulation in Croatia

It may be even more interesting from the Serbian perspective to study the implementation of *Uredba (EU) br. 655/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o uspostavi postupka za europski nalog za blokadu računa kako bi se pojednostavila prekogranična naplata duga u građanskim i trgovačkim stvarima* in the Republic of Croatia.

The EAPO-Regulation obliged the Member States to communicate by 18 July 2016 to the Commission the information listed in art. 50. The comprehensive and detailed information provided by the authorities in Croatia is accessible on the European e-Justice Portal.¹⁴

The courts designated as competent to issue a preservation order are the municipal courts (*općinski sudovi*) and the commercial courts (*trgovački sudovi*). Croatia has appointed the Financial Agency (*Financijska agencija*) as national information authority in the meaning of art. 14 EAPO-Regulation. The Financial Agency is at the same time the authority competent to enforce the preservation order.

As regards Croatian implementing provisions, these shall apparently be placed in the Act on enforcement (*Ovršni zakon*), in a new Chapter 35 entitled “*Europski nalog za blokadu računa*” (Articles 364.a – 364.d).¹⁵ However, so far on internet only a draft for an amendment to the Act on enforcement could be found, which has not yet been adopted.

V Closing remarks

The intention of this paper is to provide basic information on a recent and highly interesting instrument of EU-law. The concept of EAPO has not met

13 See: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-de-en.do?clang=de.

14 See: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-hr-en.do?member=1.

15 See: <https://esavjetovanja.gov.hr/Econ/MainScreen?entityId=3365>.

with unconditional approval¹⁶, but the majority of reactions in German speaking countries have been positive.¹⁷ It is too early for an evaluation of the results in practice since the EAPO-Regulation is only applicable since 18. January 2017.

At present, it will not be possible for creditors in Serbia to apply for a European Account Preservation Order. It will also not be possible for creditors in Member States to apply for such order on a Serbian bank account.

Др Кристиа ЈЕСЕЛ-ХОЛСТ, др *honoris causa*

**Макс Планк Институт за упоредно и међународно приватно право,
Хамбург, Немачка**

ЕВРОПСКИ НАЛОГ ЗА БЛОКАДУ РАЧУНА (ЕАРО) КАО НАЧИН ДА СЕ ПОЈЕДНОСТАВИ ПРЕКОГРАНИЧНА НАПЛАТА ДУГА У ГРАЂАНСКИМ И ТРГОВИНСКИМ СТВАРИМА

Резиме

Овај рад садржи приказ Уредбе (ЕУ) бр. 655/2014 којом се успоставља поступак европског налога за блокаду рачуна како би се поједноставила прекогранична наплата дуга у грађанским и трговинским стварима, а која се примењује од 18. јануара 2017. Са ЕАРО Унија је створила ефикасан механизам прекограничне плендибе банкарских рачуна у ЕУ. Аутор пружа кратак приказ процедуре за добијање налога за блокаду, за признавање, извршивост и извршење налога за блокаду и за могуће правне лекове против њега. Уз то, она се осврнула на имплементацију Уредбе о ЕАРО у Немачкој и Хрватској.

Кључне речи: *Уредба (ЕУ) бр. 655/2014, Европски налог за блокаду рачуна (ЕАРО), прекогранична наплата потраживања, блокада банларских рачуна, имплементација у Немачкој и Хрватској.*

16 See e.g. J. Stamm, Plädoyer für einen Verzicht auf den Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung – Zehn gute Gründe gegen dessen Einführung, IPRax 2014, p. 124.

17 E.g. B. Hess/K. Raffelsieper, Die Europäische Kontenpfändungsverordnung: Eine überfällige Reform zur Effektivierung grenzüberschreitender Vollstreckung im Europäischen Justizraum, IPRax 2015, p. 46.

Др Мирослав ПАУНОВИЋ
адвокат у Београду

УЛОГА СУДОВА У АРБИТРАЖНОМ РЕШАВАЊУ ПРИВРЕДНИХ СПОРОВА

Резиме

Странке се, уговарајући арбитражу за решавање спорних питања из привредних односа, изузимају из надлежности државних судова. Ипак, постоје ситуације у којима се државни судови, по предлозима странака из арбитражног споразума или по захтевима самих арбитра, мешају у ограниченом обиму у рад арбитраже. Судови могу имати одређену улогу пре отпочињања, у току или по окончању арбитражног посутпка. Српски Закон о арбитражи детаљније је уредио оквире ове ограничене интервенције државних судова у арбитражну. У раду се даје преглед ситуација у којима судови имају надлежност да одлучују у материји коју су странке начелно резервисале за арбитражу, те указује на одређена питања која могу да изазову недоумице у пракси.

Кључне речи: *арбитража, арбитражни поступак, државни суд, мешање судова у арбитражни поступак.*

I Особености арбитраже од значаја за уплитање судова у поступак

1. Примена Закона о арбитражи на арбитраже у Србији

Србија спада у земље које праве разлику између оних арбитража које се сматрају домаћим и оних које се карактеришу као стране. Домаће арбитраже одређују се по тзв. територијалном критеријуму (место арбитраже односно место где је донета арбитражна одлука налази се у Србији) односно по процесном критеријуму (када се домаћа националност арбитраже и одлуке одређује по томе што је примењено српско процесно право); све остале арбитраже односно арбитражне одлуке, које се не могу сврстати под ове критеријуме, су оне које нису домаће односно сматрају се

страним арбитражама и одлукама.¹ Ова подела значајна је у погледу меродавног права које се примењује у спору и извршења арбитражне одлуке.²

Разграничење на домаће и стране арбитраже не треба мешати са поделом на унутрашње и међународне арбитраже коју Закон о арбитражи Србије такође прави. Ова подела врши се према природи спора – арбитража је унутрашња ако су странке из Србије и не постоји неки други инострани елемент, док је међународна она арбитража у којој постоји неки „међународни“ елемент у односу.³ Највећи део одредби Закона уређује унутрашњу арбитражу, а само неколико одредби тиче се међународне арбитраже,⁴ али је правни режим међународне и унутрашње арбитраже у основи исти, уз одступања која у међународну арбитражу уносе одређену слободу странака у погледу уређивања појединих питања (у међународним арбитражама у начелу странкама се дозвољава да слободно уреде шири круг питања у односу на унутрашњу арбитражу).⁵ Међутим, у оба случаја

1 Закон о арбитражи – ЗоА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 2, ст. 2 и 3.

2 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, 32.

3 ЗоА под међународном арбитражом подразумева две ствари – најпре, Закон предвиђа да је међународна арбитража она арбитража која има „страни елемент“ (чл. 1). Закон даље дефинише међународну арбитражу као ону арбитражу која за предмет има спорове из међународних пословних односа (чл. 3, ст. 1). Одмах се може приметити да је у разради основне дефиниције (из чл. 1) појам међународне арбитраже сужен на пословне односе (чл. 3, ст. 1), односно на трговачке спорове, а да је искључена примена на „некомерцијалне“ арбитраже са страним елементом које се одвијају у Србији (на пример, на односе послодавца и радника или на односе потрошача и пружаоца услуга). Колико је познато, судска пракса се још није изјаснила о томе да ли странке могу да искључе примену одредби ЗоА (по одредби члана 2, став 2) на „некомерцијалне“ арбитраже са страним елементом које се одвијају у Србији. ЗоА, потом, комбинује више критеријума односно набраја ситуације у којима се сматра да постоји страни елемент у неком од елемената односа (у овом смислу, у чл. 3. допуњава се критеријум из чл. 1.) - страни елемент може постојати у субјекту (странке имају пословна седишта у различитим државама); затим, арбитража ће бити међународна када битан део обавеза из пословног односа треба да се изврши изван државе у којој странак имају пословна седишта или када се место са којим је предмет спора најуже повезан налази ван те државе, а и саме странке могу да се изричитом изјавом одреде за међународну арбитражу ако се директно договоре да је предмет споразума о арбитражи везан за више држава, па и онда када не постоји страни елемент ни у једном од аспеката њиховог односа (детаљно о овим критеријумима. Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 30 и 31.

4 О концепту на основу кога је сачињен ЗоА вид. Маја Станивуковић, „Serbia National Report (2011)“, *International handbook on Commercial Arbitration Suppl. 64*, Paulsson (ed), доступно на адреси: www.kluwerarbitration.com, 5; Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд, 2013, 22 и 23.

5 По чл. 2, ст. 2 и чл. 32, ст. 2. Закона о арбитражи странке у међународној арбитражи могу слободно изабрати право меродавно за предмет спора. По чл. 50, ст. 1 ЗоА, арбитражи одлуку

услов за примену српског Закона је да се ради о домаћој арбитражи, односно о поступцима где је место арбитраже у Републици Србији.⁶

Међутим, слобода странака да искључе примену Закона о арбитражи у међународним арбитражама које се одвијају у Србији није неограничена. Није спорно да странке могу уговорити примену страног права у међународној арбитражи, али Закон о арбитражи предвиђа да постоје одредбе које се не могу изменити договором странака.⁷ Које одредбе спадају у императивне норме фактичко је питање односно питање тумачења у конкретном случају.

2. Арбитражни споразум основ арбитраже и формални захтеви за ваљаност

Арбитражни споразум је основ арбитраже. Арбитражним споразумом странке исказују свој специфичан интерес да међусобна права и обавезе из уговора, па и у случају спора, уреде без интересвенције државе.⁸ Ваљаност споразума странака да спор повере арбитражи је кључна за ваљаност целог арбитражног поступка и арбитражне одлуке донете на основу таквог поступка;⁹ ваљан споразум је основ за конституисање арбитражног већа и заснивање његове надлежности.

Један од основних елемената арбитражног споразума је да странке јасно изразе своју намеру да решавање спорова повере арбитражи односно да их изузму од надлежности државних судова (односно да се нису определили за неки други начин разрешења неспоразума – медијација,

доносе на основу правила која су странке изабрале, а ако странке нису одредиле материјално право, арбитражи то право одређују сами на основу оног колизивних норми које сматрају прикладним; ово значи да то може бити и страног право. Иако то у ЗоА није изричито наведено, претпоставка је да у унутрашњој арбитражи арбитражи суде само на основу домаћег материјалног права. Странке у међународној арбитражи имају и слободу да одреде и процесно право и то тако да могу да предвиде да се на поступак који се спроводи у Србији не примењује ЗоА, већ нека страна арбитражна правила. Међутим, ова слобода избора арбитражног права је ограничена, јер има одредби ЗоА које странке не могу искључити (ЗоА, чл. 2, ст. 3). ЗоА, међутим, не наводи које су то одредбе, што оставља простора за различита тумачења.

6 ЗоА, чл. 2, ст. 1 и 2.

7 ЗоА, чл. 2, ст. 2 и 3.

8 О овим посебним интересима који странке опредељују за арбитражу вид. Тибор Варади, *Међународно приватно право*, 3. издање, Нови Сад, 1990, 379.

9 М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 14; М. Станивуковић, *Међународна арбитража*, 73-76.

мирење и сл.).¹⁰ У пракси се среће више начина на који странке исказују ову намеру да путем арбитраже решавају своје спорове.

Према Закону о арбитражи, арбитражни споразум треба да испуни неколико услова да би био ваљан. Арбитражни споразум се мора односити на спор из одређеног правног односа.¹¹ Ово значи да се не може уговорати арбитража за све евентуалне спорове између одређених лица, без прецизирања правних односа из којих спорови могу да произађу.

Споразум, потом, мора да буде закључен у писаној форми.¹² Сматра се да је писана форма испуњена ако је споразум садржан у исправама које су странке потписале.¹³ Исто тако, сматра се да је споразум о арбитражи у писаној форми ако је закључен разменом порука путем средстава комуникације, која омогућавају писани доказ о споразуму (на пример, размена порука електронским путем), без обзира да ли су те поруке странке потписале.¹⁴ Позивање на друго писмено које садржи споразум о арбитражи (на пример, на опште услове уговора) такође се може сматрати закључењем споразума о арбитражи ако је циљ тог позивања да споразум о арбитражи постане саставни део уговора.¹⁵ Узима се да постоји споразум о арбитражи и ако тужилац тужбом покрене арбитражни спор, а тужени се упусти у расправљање о предмету спора, а не истакне приговор да не постоји споразум о арбитражи односно не оспори надлежност арбитраже (прећутно закључење арбитражног споразума).¹⁶ Наведене одредбе примењују се на домаће арбитраже. Међутим, српски судови могу да примене ове стандарде и на арбитражне споразуме који се односе на арбитраже са седиштем у иностранству, уместо рестриктивнијих одредби у погледу писане форме арбитражног споразума које су садржане у Њујоршкој конвенцији о признању и извршењу страних арбитражних одлука.¹⁷

10 Ови други начини решавања спорова називају се „алтернативним“ – о овоме вид. Лепосава Карамарковић, *Поравнање и медијација*, Београд, 2004, 309-316.

11 ЗоА, чл. 9.

12 ЗоА, чл. 10, ст. 1, тач. 2 и чл. 12, ст. 1.

13 ЗоА, чл. 12, ст. 2.

14 ЗоА, чл. 12, ст. 3.

15 ЗоА, чл. 12, ст. 4.

16 ЗоА, чл. 12, ст. 5.

17 М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 16. О разним облицима писане форме арбитражног споразума у упоредном праву вид. Јелена Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 1998, 119-131.

3. Арбитрабилност спора

Посебан услов за ваљаност арбитражног споразума је да се он мора односити на спор који је подобан да се разреши путем арбитраже (арбитрабилност спора).¹⁸ Арбитражно решавање спора може се уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда.¹⁹ Дакле, странке могу споразумом изузети спор из надлежности суда само ако он није „резервисан“ за судско решавање. Постојање искључиве судске надлежности чини арбитражни споразум о питањима која спадају у домен судова ништавим.

Искључива надлежност домаћих судова постоји у области спорова који се тичу права на непокретности, укључујући и спорове у вези са закупом непокретности.²⁰

Постоје и друге ситуације у којима је прописана надлежност домаћих судова односно у којима се доводи у питање споразум странака да спорна питања разреши путем арбитраже. Тако, на пример, неарбитрабилност може да погоди арбитражни споразум који се тиче постојања права првенства код права интелектуалне својине, као што су патенти и трговачки жигови, јер решавање ових питања спада у надлежност Завода за интелектуалну својину. Међутим, питања повреде патента или жига могу се решавати у арбитражном поступку, ако је такав спор обухваћен арбитражним споразумом.

И у области заштите конкуренције има спорова који нису арбитрабилни. Из целине одредби Закона о заштити конкуренције произилази да спорови у којима се примењују прописи о заштити конкуренцији не могу бити изнети на решавање арбитражи (на пример, испитивање законитоти решења Комисије за заштиту конкуренције), мада не постоји изричита законска одредба у том смислу. Међутим, када Комисија својом одлуком установи повреду конкуренције, оштећена странка може пред судом тражити накнаду штете од одговорне стране.²¹

18 По ЗоА, споразум о арбитражи је ништав ако „врста спорова на које се односи није подобна за арбитражу“ (чл. 10, ст. 1, тач. 1).

19 ЗоА, чл. 5, ст. 1.

20 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗСЗПДЗ, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 43/82, *Сл. лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 56.

21 Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 5/2009, 95/2013, чл. 73, ст. 1.

Арбитража може да одлучује о питању накнаде штете, ако су странке закључиле арбитражни споразум о таквом спору.

Спорови произашли из приватизационих аранжмана између државе и купаца друштвеног капитала односно имовине субјекта приватизације такође су арбитрабилни.²²

Питање примене арбитражног споразума може се поставити и у области стечаја. Наиме, ако једна од странака у арбитражном споразуму оде у стечај (а стечај је покренут у Србији), суд који спроводи стечајни поступак упутиће на парницу све повериоце чија су потраживања оспорена од стране стечајног управника.²³ Према Закону о парничном поступку, стечајни суд има искључиву месну надлежност за све спорове који настану у току стечајног поступка.²⁴ У случају постојања арбитражног споразума поверилац се налази у незавидној ситуацији. Ако покрене арбитражни поступак, може се сматрати да је повредио искључиву месну надлежност стечајног суда. С друге стране, ако покрене парницу пред судом, тужена страна (стечајни управник) би могао истаћи приговор ненадлежности суда услед постојања арбитражаног споразума. Разрешење овог питања ће зависити од тога како стечајни суд тумачи појам искључиве месне надлежности, односно да ли сматра да она одговара појму „искључиве надлежности суда“ из члана 5, став 1. Закона о арбитражи.²⁵

У арбитражи која је већ отпочела, а против једне од странака је покренут стечајни поступак, арбитражни поступак мора да буде обустављен. Ово произилази из аналогне примене одређених одредби Закона о стечају. Тако овај Закон одређује да се у моменту отварања стечајног по-

22 Више спорова из приватизационих уговора је решавано пред домаћим и страним, унутрашњим и међународним арбитражама. Постоји, међутим, једна одлука Врховног суда Србије (Рев. 350/08 – колико је познато, одлука није објављена), која је довела у питање арбитрабилност спорова из уговора о приватизацији. Врховни суд је (у образложењу, и не у директној вези са одлучивањем о тужбеном захтеву) нашао да спорови који произађу из приватизационог уговора нису подобни за арбитражу јер не испуњавају услове из члана 5, став 1. Закона о арбитражи, тј. да није у питању „имовински спор којима странке слободно располажу“. Врховни суд је сматрао да из сврхе Закона о приватизацији (прелаз из једног облика својине у други) произилази да је у питању јавни интерес, те да спорови из таквог односа не могу бити изнети на арбитражу. Овај став Врховног суда критикован је у стручној јавности са становишта да јавноправни елементи у приватизационим аранжманима не искључују право странака да слободно располажу својим правима.

23 Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, чл. 117.

24 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 55/2014, чл. 58.

25 М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 18.

ступка обустављају сви судски поступци који се односе на стечајног дужника или његову имовину.²⁶ Судски поступци се настављају када стечајни управник преузме послове тужиоца који је у стечају; ако је поступак покренут против тужене странке, поступак се наставља када поверилац (тужилац) пријави потраживање у стечајном поступку, а стечајни управник оспори то потраживање.²⁷ Ове одредбе могу да се примене и на арбитражу. Но, и у овој ситуацији постоји бојазан у погледу постојања искључиве судске надлежности стечајног суда да поступа у свим парницама у току стечајаног поступка – Закон о стечају предвиђа да суд опште надлежности или трговински суд пред којим се води парница треба да се огласи ненадлежним и предмет уступи стечајном суду.²⁸ Ова обавеза би, по аналогiji, могла да се примени и на арбитражно веће, или бар на оно које спроводи арбитражу у Србији.²⁹

4. Странке у арбитражном споразуму

Закон о арбитражи одређује способност (капацитет) лица која могу да буду странке у арбитражном споразуму.³⁰ То је свако физичко и правно лице које има парничну способност. Закон прецизира да арбитражу могу да уговоре и држава, њени органи, установе и предузећа у којим држава има својинско учешће.³¹

Закон о арбитражи не садржи одредбе о вишестраној арбитражи, као ни мешању треће стране у арбитражни спор; Закон не уређује ни питање спајања (консолидације) више арбитражних спорова у један. Ова су питања, међутим уређена правилима сталних арбитражних институција.³²

26 Закон о стечају, чл. 88.

27 Закон о стечају, чл. 90.

28 ЗоА, чл. 91, ст. 1 и 4.

29 М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 30.

30 ЗоА, чл. 5, ст. 2 и 3.

31 Сврха овог прецизирања је да се и ентитетима који немају својство правног лица по прописима који се на њих примењују омогући да закључују арбитражне споразуме. Вид. М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 17.

32 Тако, по Правилнику о Сталној арбитражи при Привредној комори Србије Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије (чл. 19), ако на тужилачкој или на туженој страни има више лица, па се она не договоре о именовану заједничког арбитра, то ће учинити председник Сталне арбитраже. Ако су исте странке истакле једна према другој више тужбених захтева који произилазе из истих или различитих правних односа, Секретаријат Сталне арбитраже ће настојати да их споји у један поступак односно да о њима одлучује једно арбитражно веће (чл. 29). Лице које има правни интерес да учествује у арбитражном поступку може се у поступак умешати на страни једне од странака, уз услов да се обе странке

Ако се странке друкчије не договоре, споразум о арбитражи остаје на снази у случају уступања основног уговора (који садржи арбитражни споразум), или уступања потраживања, као и у случају суброгације.³³

5. „Сепарабилитет“ арбитражне клаузуле

И у српском праву постоји правило, општеприхваћено у арбитражном праву, да арбитражно веће само одлучује о својој надлежности односно о томе да ли је арбитражни споразум ваљано закључен, ако странка такав приговор изнесе у арбитражном поступку.³⁴ Ако је арбитражни споразум закључен у форми арбитражне клаузуле у основном уговору, приликом одлучивања о приговору арбитражна клаузула се посматра одвојено, независно од осталих одредби уговора.³⁵ Одлука о проглашењу основног уговора ништавим не повлачи аутоматски и ништавост арбитражне клаузуле која је у њему садржана.³⁶

Исто правило о „сепарабилитету“ арбитражне клаузуле важи (мада није изричито поменуто у Закону о арбитражи) и за случај да веће одлучи да основни уговор не постоји - и у том случају, уз примену правила да је арбитражна клаузула независна од основног уговора, треба узети да одлука о непостојању основног уговора не значи аутоматски да ни арбитражни споразум не постоји. Исто тако, правила Закона о арбитражи о „сепарабилитету“ арбитражног споразума када је у форми арбитражне клаузуле треба применити путем аналогije и у случају да се питање пуноважности и постојања арбитражне клаузуле постави у поступку извршења такве клаузуле пред државним судовима.³⁷

Сврха ових правила је да се спречи опструкција арбитражног поступка неоснованим приговорима ненадлежности арбитраже. Одлука арбитражног већа о својој надлежности такође подлеже судској контроли, ако је иницира странка незадовољна одлуком.

сложе са тим (чл. 36). Сличне одредбе садржи и Правилник Београдског арбитражног центра – о вишестраначкој арбитражи (чл. 18), спајању посутпака (чл. 23) и о умешачу (чл. 30).

33 ЗоА, чл. 13.

34 ЗоА, чл. 28, ст. 1. (тзв. правило *competence competence*).

35 ЗоА, чл. 28, ст. 2.

36 ЗоА, чл. 28, ст. 3.

37 М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 20.

6. Одређивање места арбитраже

Странке могу споразумно да одреде место арбитраже.³⁸ У овом погледу не постоје никаква ограничења, те и домаће странке могу да уговоре да се арбитража за решење њихових спорова одвија у иностранству. Како је наведено, споразум странака о томе да место арбитраже буде у иностранству довољан је да учини арбитражу међународном.³⁹

Избор места арбитраже има важне правне последице. Закон о арбитражи примењује се на арбитраже које се одвијају у Србији,⁴⁰ а посебно се материјална правила о ваљаности арбитражног споразума садржана у Закону о арбитражи примењују на арбитражне споразуме који одређују да место арбитраже буде у Србији.⁴¹

Када је место арбитраже ван Србије и српски суд треба да одлучи о ваљаности или постојању арбитражног споразума по приговору ненадлежности суда, надлежно право ће утврдити по правилима о сукобу закона садржаним у Њујоршкој конвенцији о признању и извршењу страних арбитражних одлука, те у Европској конвенцији о међународној трговачкој арбитражи (1961).⁴² Ово значи да ће право које су странке избрале (а ако избор нису извршиле – право седишта арбитраже), бити примењено као надлежно за разрешење питања ваљаности споразума. У ретким случајевима када ниједна од ове две Конвенције не може да се примени, суд може путем аналогije да примени правила о сукобу закона која су садржана у Закону о арбитражи.⁴³

38 ЗоА, чл. 34, ст. 1.

39 ЗоА, чл. 3, ст. 1, тач. 3. Аутономија странка у овом погледу потврђена је у судској пракси: Виши трговински суд је сматрао да је ваљан арбитражни споразум који је предвиђао место арбитраже између два домаћа правна лица ван Србије – решење Вишег трговинског суда у Београду бр. Пж. 9058/2006 (изводи објављени у Билтену, бр. 2/2007 – судска пракса трговинских судова).

40 ЗоА, чл. 2, ст. 1.

41 Ово произилази из одредби члана 2. ЗоА које одређују област примене Закона, као и из одредбе чл. 58, ст. 1, тач. 1. која предвиђа да ће суд усвојити тужбени захтев за поништај арбитражне одлуке ако тужилац докаже да „споразум о арбитражи није пуноважан по праву које су странке споразумно одредиле или по праву Републике ако се странке нису друкчије споразумеле“.

42 Србија је држава-чланица у обе Конвенције.

43 Правило из чл. 66, ст. 1. ЗоА предвиђа да се признање и извршење стране арбитражне одлуке може одбити, по захтеву странке која се противи признању и извршењу, ако та странка докаже да „споразум о арбитражи није пуноважан по праву које су странке одредиле или по праву државе у којој је та одлука донета“. М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 27.

Избором места арбитраже одређује се и „националност“ арбитражне одлуке, а од овога зависе и правна средства која се могу користити против одлуке. Арбитражна одлука се, како је речено, сматра страном ако је седиште арбитраже ван Србије, односно ако је ван Србије место у коме је одлука донета.⁴⁴ Суду у Србији не може се поднети тужба за поништај стране арбитражне одлуке; тужбом се може тражити поништај само домаће арбитражне одлуке.⁴⁵

Ако странке нису арбитражним споразумом одредиле место арбитраже, место арбитраже одређује арбитражно веће и при том води рачуна о „околностима случаја које обухватају и погодност одређеног места за странке“.⁴⁶ Ако су се странке споразумеле да организацију арбитражног поступка повере арбитражној институцији, место арбитраже одређује се у складу са њеним правилима. Ако место арбитраже нису одредиле ни странке ни арбитражно веће, сматра се да је место арбитраже оно које је у арбитражној одлуци означено као место у коме је одлука донета.⁴⁷

II Мешање судова у рад арбитраже

1. Основ мешања судова у арбитражни поступак

Закон о арбитражи предвиђа мешање судова у рад арбитраже у тачно одређеној мери. Улога судова своди се на помоћ у одређеним ситуацијама - на пример, у конституисању арбитражног већа и у случају захтева за изузеће или престанка дужности арбитра код *ad hoc* арбитража, у одређивању привремених мера, те код извођења доказа.

Државни судови имају коначну реч и у погледу надлежности арбитраже, било да се питање постави пре, у току или после завршетка арбитражног поступка. Судови имају одређену надлежност и код поништаја домаћих арбитражних одлука, те код признања и извршења страних арбитражних одлука.

44 По чл. 57, ст. 2. ЗоА, домаћа арбитражна одлука је она која је донета у унутрашњој или међународној арбитражи у Србији; следствено, страна је она арбитражна одлука која је донета ван Србије.

45 ЗоА, чл. 57, ст. 1.

46 ЗоА, чл. 34, ст. 2: „Странке су слободне да саме споразумно одреде правила поступка по којима ће арбитражни суд поступати или да упуते на одређена арбитражна правила, у складу са одредбама овог закона“.

47 ЗоА, чл. 34, ст. 4.

2. Оцена арбитражног споразума и надлежности арбитраже

Постојање ваљаног арбитражног споразума искључује надлежност државних судова у „арбитрабилној“ материји. Ако странка покрене поступак пред судом у спору за који постоји арбитражни споразум, а тужени се позове на постојање таквог споразума, суд ће да се огласи ненадлежним и да одбаци тужбу, осим ако не нађе да је „споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити“.⁴⁸ Обим разматрања арбитражног споразума од стране суда може да се опише као *prima facie* преглед - ово је приказано у одлуци ранијег Вишег привредног суда,⁴⁹ који је испитивао следећа питања: да ли се спор тиче права којима странке могу слободно располагати, да ли су странке доставиле исправу која садржи арбитражни споразум, те да ли постоји неки од разлога за ништавост арбитражног споразума. Виши привредни суд је овом одлуком потврдио и да постоји двостепеност у одлучивању о ваљаности арбитражног споразума односно да странке имају право жалбе на првостепену одлуку по приговору ненадлежности суда. Суд може да одлучује по приговору туженог (да одбаци тужбу), али не може да наложи странкама да спор изнесу на арбитражу. Уколико тужилац покрене спор пред судом стране државе, иако је прихватио да се спорна питања решавају на арбитражи, не постоје инструменти по којима би друга страна могла да тражи заштиту од домаћег суда.⁵⁰

Треба, међутим, имати у виду да Закон о арбитражи, како је речено, одређује да суд у вези са арбитражом може предузимати само оне радње које су изричито прописане, а да Закон не предвиђа, као посебно правно средство, тужбу за утврђење да арбитражни споразум није ваљан. Поставља се питање да ли је могуће овде посегнути за решењем из Закона о парничном поступку који предвиђа тужбу за утврђење.⁵¹ Међутим, спорно је да ли странка ово може да учини непосредно, оспоравајући само арбитражни споразум, или посредно, ако суду поднесе тужбу у главној ствари, и тражи да суд ваљаност арбитражног споразума испита као

48 ЗоА, чл 14. Тужени мора да поднесе приговор пре упуштање у расправљање о предмету спора; ако то не учини, сматра се да се одрекао позивања на арбитражни споразум и да је пристао да спор реши суд.

49 М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 22, и тамо приказано решење Вишег трговинског суда у Београду, бр. Пж. 9058/2006 (изводи објављени у Билтену, бр. 2/2007 – судска пракса трговинских судова).

50 М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 21.

51 ЗПП, чл. 188, ст. 2.

претходно питање, у складу са одредбом Закона о арбитражи.⁵² Разлог који би говорио у прилог решењу да се иде непосредно на утврђивање ваљаности самог арбитражног споразума, које може значити одступање од начела да сама арбитража одлучује о својој надлежности па и о ваљаности арбитражног споразума, налази се у обезбеђењу економије поступка; наиме, на овај начин би се избегла неизвесност о томе да ли тужилац треба да се обраћа арбитражи, којој институцији, те отклонила неизвесност у погледу исхода арбитражног поступка, односно у погледу питања да ли би арбитражна одлука издржала накнадну судску проверу.⁵³

3. Именовање арбитра

Странке су слободне да одреде поступак именовања арбитра, односно конституисања арбитражног већа.⁵⁴ Странке то могу да ураде и позивањем на правила одређене арбитражне институције.⁵⁵ Ако странке пропусте да то учине у свом арбитражном споразуму, примениће се правила за именовање арбитра садржана у Закону о арбитражи. По тим правилима, уколико се странке не договоре о именовању арбитра (ако не постигну споразум о именовању арбитра појединца, или ако једна странка одбије да именује свог арбитра или се арбитра именовани од страна не договоре о трећем арбитра), именовање треба да изврши тзв. орган именовања; ако странке нису одредиле орган именовања или он не одреди арбитра, именовање ће извршити надлежан суд.⁵⁶ Против одлуке суда којом се именују арбитра није дозвољена жалба. Треба приметити да Закон о арбитражи не одређује који је суд стварно и месно надлежан за конституисање арбитражног већа, те у ком се поступку обавља именовање арбитра, односно арбитра. У судској пракси је утврђено да је реч о ванпарничном поступку, стварна надлежност се одређује према природи спора, а месна надлежност према месту арбитраже (вероватно по анало-

52 ЗоА у чл. 14. предвиђа да се суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи оглашава ненадлежним по приговору странке, „осим ако утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити“.

53 О разлозима за овакво решење вид. М. Станивуковић, *Међународна арбитража*, 154 и 155.

54 ЗоА, чл. 17, ст. 1.

55 Врло разрађена правила о именовању арбитра садржана су у правилницима арбитражних институција – у чл. 18-21 Правилника Сталне арбитраже при Привредној комори Србије и чл. 17-19 Правилника Београдског арбитражног центра.

56 ЗоА, чл. 17, ст. 2, 3. и 4.

гији са надлежношћу за поништај арбитражне одлуке).⁵⁷ Закон о арбитражи не одговара на питање да ли суд, када му се странка обрати за именовање, може да проверава и да ли је арбитражни споразум ваљан. Суд би могао, у ситуацији када сматра да арбитражни споразум није пуноважан, да не производи правно дејство или да није подобан за примену, да одбије да именује арбитра, сходно примењујући одредбу Закона о арбитражи по којој је овлашћен да одлучује о приговору ненадлежности.⁵⁸ Међутим, овом схватању би се могло приговорити да се, нарочито ако нема приговора странке која није учествовала у именовању арбитра у арбитражном поступку, неоправдано проширује уплитање суда у арбитражни поступак.

Број арбитрара одређују странке, али ако је арбитражним споразумом предвиђено више арбитрара, њихов број мора да буде непаран.⁵⁹ Овај услов није набројан као разлог за ништавост арбитражног споразума, али би се могао користити као разлог за поништај арбитражне одлуке.⁶⁰ Зато би странке које су одредиле паран број арбитрара у свом арбитражном споразуму могле да од суда траже именовање још једног арбитра по Закону о арбитражи,⁶¹ иако таква могућност није изричито прописана, уз аргументацију да је у интересу спровођења арбитраже коју су странке уговориле да се изврши тражено именовање.⁶²

Поставља се питање да ли би у Србији била призната страна арбитражна одлука коју је донело арбитражно веће састављено од парног броја арбитрара. Одговор је потврдан - оваква одлука би могла да буде призната ако је одлука ваљана према праву које важи у месту доношења.⁶³

57 У овом смислу се изјаснио и Привредни суд у Београду у необјављеној одлуци Р бр. 310/15. Месна надлежност суда за поништај арбитражне одлуке одређена је чл. 57, ст. 3. ЗоА.

58 М. Станивуковић, *Међународна арбитража*, 172 и 173.

59 ЗоА, чл. 16, ст. 2.

60 ЗоА, чл. 58, ст. 1, тач. 4. предвиђа као разлог за поништај на који се странка може позвати у тужби за поништај и „ако састав суда или арбитражни поступак нису били у складу са споразумом о арбитражи..., осим ако тај није у супротности са неком одредбом овог закона од чије примене странке не могу одступити или... да састав арбитражног суда или арбитражни поступак нису били у складу са одредбама овог закона“.

61 ЗоА, чл. 17, ст. 3.

62 М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 24.

63 Ово произилази из одредбе чл. 6, ст. 1, тач. 1 ЗоА, по којој ће суд одбити признање по захтеву странке против које се оно тражи ако „споразум о арбитражи није пуноважан по праву које су странке споразумом одредиле или по праву државе у којој је та одлука донета“.

4. Изузеће и опозив арбитра, престанак дужности арбитра

Изузеће арбитра може се тражити само ако постоје околности које оправдано могу изазвати сумњу у његову непристрасност или независност, као и ако арбитра нема својства која су странке одредиле арбитражним споразумом.⁶⁴

Захтев за изузеће подноси се надлежном суду, ако се странке нису друкчије споразумеле.⁶⁵ Сматра се да су се странке које су организацију арбитражног поступка повериле арбитражној институцији споразумеле да се захтев за изузеће арбитра решава по правилима те институције.⁶⁶ Одлука о изузећу донета од стране органа институције одређеног арбитражним правилником институције.⁶⁷ Странка незадовољна одлуком органа арбитражне институције не може одлуку о изузећу нападати пред судом – правила институционалних арбитража у Србији не предвиђају овакву могућност, а Закон о арбитражи ограничава надлежност судова да одлучују о изузећу само на случајеве када странке нису ништа друго предвиделе својим арбитражним споразумом. Поред тога, одлука органа арбитражне институције о изузећу арбитра не може се квалификовати као арбитражна одлука која се може поништавати тужбом надлежном суду. Према томе, странке код домаћих арбитража треба да чекају коначну арбитражну одлуку, те да тада у тужби за поништај истакну да састав арбитражног већа није био у складу са споразумом о арбитражи односно правилима арбитражне институције или у складу са одредбама Закона о арбитражи.⁶⁸ Приликом одлучивања у вези са оваквим захтевом суд треба да примени исте стандарде које би применио приликом одлучивања о престанку дужности арбитра услед пристрасности или непостојања независности.⁶⁹

Поред престанка дужности услед изузећа, Закон о арбитражи уређује одвојено и друге начине престанка дужности арбитра. Тако Закон предвиђа да дужност може престати повлачењем арбитра писаном изја-

64 ЗоА, чл. 23.

65 ЗоА, чл. 24, ст. 3.

66 ЗоА, чл. 24, ст. 4. Правилник Сталне арбитраже при Привредној комори Србије садржи правила о изузећу арбитра у погледу поступка и разлога за изузеће која су иста као и правила у Закону (чл. 23). Исто важи и за Правилник Београдског арбитражног центра (чл. 21).

67 У Правилнику Сталне арбитраже при Привредној комори Србије предвиђено је да одлуку о изузећу доноси Председништво (чл. 23.3), а исто правило садржи и Правилник Београдског арбитражног центра (чл. 23.3).

68 ЗоА, чл. 58, ст. 1, тач. 4. предвиђа да странка може тражити поништај арбитражне одлуке из ових разлога. Вид. М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 25.

69 О овоме суд одлучује по чл. 23 и 25, ст. 4. ЗоА.

вом да не може да обавља дужност из оправданих разлога, споразумом странака, те по захтеву једне од странака - одлуком органа арбитражне институције (када су странке повериле организацију поступка арбитражној институцији) односно одлуком надлежног суда код *ad hoc* арбитраже.⁷⁰ Разлози за повлачење арбитра, опозив арбитра односно за престанак његовог мандата постоје када он из стварних или правних разлога није више у стању да обавља своју дужност или ако не извршава дужност у примереном року.⁷¹ Суд не може да преиспитује одлуку органа арбитражне институције (као ни изјаву арбитра о повлачењу, те споразум странака о опозиву арбитра). Одлука суда о престанку дужности арбитра код *ad hoc* арбитраже не може се нападати жалбом.⁷² Треба узети да се не може нападати жалбом ни одлука суда о изузећу арбитра по захтеву странке код *ad hoc* арбитраже.⁷³

5. Помоћ у одвијању арбитражног поступка

Странке су слободне да изаберу правила по којима ће се одвијати арбитражни поступак – могу да утврде сопствена правила поступка или да се позову на правилник одређене арбитражне институције; једино ограничење аутономије странка у овом погледу налази се у обавезујућим нормама Закона о арбитражи.⁷⁴ Арбитри се морају држати споразума странака о процедуралним правилима; они нису овлашћени да овај спо-

70 ЗоА, чл. 25, ст. 1, 2 и 4.

71 Треба приметити да ЗоА у разлоге за престанак мандата по чл. 25, ст. 1 (повлачење арбитра са дужности) и ст. 2 (споразум странака о опозиву арбитра) убраја и недостатке непристрасности и независности из којих се може тражити изузеће арбитра по чл. 23. Разлози за престанак дужности арбитра су у правилницима арбитражних институција у Србији одређени на исти начин као и разлози у ЗоА – у Правилнику Сталне арбитраже при Привредној комори Србије у чл. 23, а у Правилнику Београдског арбитражног центра у чл. 21.

72 ЗоА, чл. 25, ст. 5.

73 Надлежност суда да решава о изузећу арбитра код *ad hoc* арбитраже предвиђена је чл. 24, ст. 3. ЗоА. У одредбама овог чл. 23. које говоре о поступку изузећа, не прописује се да против судске одлуке није дозвољена жалба. Међутим, таква одредба постоји у чл. 25. који генерално говори о престанку дужности арбитра, па и из разлога који оправдавају изузеће; одредба ст. 5. овог члана изричито прописује да против одлуке о престанку дужности арбитра није дозвољена жалба, па треба узети да се она односи и на случај одлуке о престанку дужности арбитра услед изузећа.

74 ЗоА, чл. 32, ст. 1.

разум мењају – то могу да учине само ако се он коси са прописаним правилима од којих странке не могу да одступе.⁷⁵

Ако се странке нису споразумеле о поступку, арбитражно веће може да води арбитражни поступак на начин који сматра целисходним.⁷⁶ Овлашћење арбитражног већа обухвата и право да одлучује о допуштености, значају и доказној снази предложених и изведених доказа.⁷⁷ У вођењу поступка арбитрари ипак морају да се држе два основна начела прописана Законом о арбитражи – начела равноправности странака, начела да свакој странки мора да се омогући да изнесе своје ставове и доказе, те да се изјасни о радњама и предлозима противне стране.⁷⁸

Закон о арбитражи даје већу слободу странкама у међународној арбитражи у погледу одређивања права које се примењује на поступак - у међународној арбитражи која се одвија у Србији странке се могу споразумети о примени страног процесног права.⁷⁹ Но, и у овом случају, странке не могу дерогирати обавезне одредбе Закона о арбитражи.⁸⁰ У такве одредбе

75 Уколико би арбитражно веће применило правила која су утврдиле странке, а која се косе са обавезним нормама ЗоА, ризиковало би да арбитражна одлука буде поништена по чл. 58, ст. 1, тач. 4. ЗоА („Суд ће усвојити тужбени захтев за поништај само ако тужилац пружи доказе да . . . састав арбитражног суда или арбитражни поступак нису били у складу споразумом о арбитражи, односно правилима сталне арбитражне институције којој је поверена организација арбитраже, осим ако тај споразум није у супротности са неком одредбом овог закона од чије примене странке не могу одступити...“).

76 ЗоА, чл. 32, ст. 3. Поступак пред арбитражом уређен је члановима 32-47 ЗоА. У правилима сталних арбитражних институција у Србији такође су садржане детаљне одредбе о поступку – у чл. 26-41 Правилника Сталне арбитраже при Привредној комори Србије, те у члановима 22-33 Београдског арбитражног центра.

77 ЗоА, чл. 32, ст. 5.

78 ЗоА, чл. 33. За разлику од ранијег законског решења, ЗоА не предвиђа примену српског ЗПП као супсидијерног извора процесног права када ЗоА не уређује одређена процедурална питања. Арбитражни правилник Сталне арбитраже при Привредној комори Србије предвиђају да арбитража може да одбије надлежност уколико арбитражни споразум или основни уговор нису у складу са надлежностима и начелима арбитраже као и када су захтеви и поступање странака такви да онемогућавају нормално одвијање поступка (чл. 10, ст. 1). Правилник Београдског арбитражног центра ову материју уређује експлицитније: на поступак се примењују одредбе Правилника, као и правила која уговоре странке, осим правила чија би примена била неспојива са одредбама Правилника или начелима арбитраже, али се додаје да, уколико Правилник не садржи одредбу која се односи на питање које се поставља, арбитражно веће може такво питање да реши „на начин који сматра одговарајућим“, с тим да се морају у сваком случају применити императивне одредбе ЗоА (чл. 3).

79 ЗоА, чл. 32 ст. 2 у вези са чл. 2 ст. 2.

80 ЗоА, чл. 2 ст. 3 и чл. 32 ст. 2.

спадају сигурно поменута основна начела поступка (равноправност странака и могућност странака да изнесе своје ставове и доказе у поступку).

Како је речено, према изричитој одредби Закона о арбитражи, арбитрари су овлашћени да воде арбитражни поступак на начин који сматрају одговарајућим, те да одлучују о допуштености, значају и доказној снази доказа изнетих у поступку. При том, арбитрари нису везани правилима о доказивању која су садржана у Закону о парничном поступку. Сам Закон о арбитражи садржи низ правила о доказним средствима и о извођењу доказа.⁸¹

Судови немају посебну улогу у овом процесу односно у фази арбитражног поступка у којој се изводе докази. Закон о арбитражи предвиђа могућност да арбитражно веће затражи помоћ суда ради извођења доказа.⁸² Ово се пре свега односи на извођење доказа саслушањем сведока, јер арбитражно веће нема могућност да према сведоцима изриче процесне мере или казне.⁸³ Исто тако, надлежност суда може да се појави у случају изузећа вештака. Закон о арбитражи предвиђа да се на изузеће вештака сходно примењују одредбе о изузећу арбитрара,⁸⁴ што је поступак у коме одређену улогу може имати и суд.

6. Одређивање привремених мера

Надлежност за доношење привремених мера у арбитражи подељена је између суда и арбитражног већа. Странка се може обратити арбитражном већу са предлогом да одреди привремену меру.⁸⁵ Арбитражно веће одређује привремену меру ако је сматра потребном с обзиром на

81 Одредбе о сведоцима и вештацима садржане су у чл. 44 и 45 ЗоА. ЗоА не садржи правила о достављању писаних доказа (осим у чл. 35 ст. 4 који говори да писмени докази треба да буду на језику одређеном основним уговором или арбитражним споразумом односно преведени на тај језик). Правилник Београдског арбитражног центра садржи низ правила о о доказном поступку (чл. 27 и 28). Овај Правилник садржи и правило да арбитражно веће може да наложи странкама да обезбеде мишљење вештака о одређеном питању, те да се вештаци заједно саслушају. Посебно се предвиђа да арбитрари могу да затраже и помоћ редовног суда да изведе поједине доказе које нису у стању сами да изведу. У основи исте одредбе садржи и Правилник Сталне арбитраже при Привредној комори (чл. 33 и 34).

82 ЗоА, чл. 46 ст. 1.

83 ЗоА, чл. 44 ст. 5. Правилник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије предвиђа да арбитражно веће може да затражи од суда да саслуша сведока (чл. 40 ст. 4).

84 ЗоА, чл. 45 ст. 3 у вези са чл. 23 и 24.

85 ЗоА, чл. 31 (по претходној регулативи, важећој до доношења ЗоА, није било могуће да арбитражно веће одређује привремене мере).

предмет спора. Но, законске одредбе о овлашћењу арбитражног већа да одређује привремене мере нису довољно детаљне да би се примењивале у пракси – на пример, Закон не наводи којом врстом одлуке арбитражно веће одлучује о предлогу за привремену меру, те не специфицира услове за одређивање привремене мере, а не предвиђа ни да ли се привремена мера може принудно извршити преко суда (за неке привремене мере, као што је забрана располагања средствима на банкарском рачуну, била би неопходна интервенција суда).⁸⁶ У правила институционалних арбитража унета је одредба о овлашћењу арбитражног већа да доноси привремене мере, такође без детаљније разраде.⁸⁷

Но, странка се може одлучити да привремену меру тражи и од суда и то пре или у току арбитражног поступка. Суд је овлашћен да донесе привремену меру без обзира на постојање арбитражног споразума, па чак и када се арбитражни споразум односи на арбитражу чије је место у другој држави.⁸⁸

Суд о предлогу за одређивање привремене мере који је поднела странка из арбитражног споразума одлучује по правилима Закона о извршном поступку. Од две врсте привремених мера (за обезбеђење новчаног и обезбеђење неновчаног потраживања) које су предвиђене Законом о извршном поступку,⁸⁹ ове прве су вероватније у вези са арбитражним поступцима. Надлежност суда за одређивање привремене мере у случају постојања арбитражног споразума одређује се такође према Закону о извршном поступку.⁹⁰ Без обзира да ли је арбитражни поступак већ започет или није, за одређивање привремене мере надлежан је суд који би био надлежан да одлучује о суштини спора када не би постојао арбитражни

86 Поред тога, ЗоА у чл. 31. садржи у погледу овлашћења арбитражног већа да доноси привремене мере и једну збуњујућу одредбу – Закон предвиђа да арбитражно веће може да одреди да „противна странка“ положи одговарајуће обезбеђење, иако је, по природи ствари, логично да обезбеђење положи странка која захтева привремену меру (за накнаду штете коју претрпи странка против које је привремена мера донета, ако се покаже да привремена мера није била оправдана или неопходна).

87 Чл. 31. ЗоА пренет је у правилнике арбитражних институција – у чл. 31. Правилника Београдског арбитражног центра, те чл. 37. Правилника Сталне арбитраже при Привредној комори Србије. У *UNCITRAL*-овом правилнику за *ad hoc* арбитраже (чл. 26, ст. 3); овај Правилник може примењивати и пред институционалним арбитражама у Србији (могућност ове примене предвиђена је и изричито чл. 40.1 Правилника Сталне арбитраже при Привредној комори Србије).

88 ЗоА, чл. 15.

89 Закон о извршном поступку, чл. 300 и 303.

90 Закон о извршном поступку, чл. 264.

споразум. Но, има примера да се ово правило да странка из арбитражног споразума односно странка у арбитражном поступку може од редовног суда тражити да донесе привремену меру, не примењује у судској пракси, без обзира на јасну законску одредбу.⁹¹

6. Обезбеђење поверљивог карактера арбитражног поступка

У начелу, арбитражни поступак и арбитражна одлука су поверљиве природе. Међутим Закон о арбитражи не садржи одредбе о овом начелу арбитражног поступка, односно оставља странкама да ово питање уреде својим споразумом. Према Судском пословнику, судије су дужне да штите приватност и безбедност странака када дозвољавају присуство јавности у поступку.⁹² Документа која су поднета у судским поступцима у вези са признањем и извршењем арбитражних одлука доступна су само странкама у поступку и лицима која оне овласте; осталим лицима списи предмета могу бити доступни по дозволи поступајућег судије само ако докажу да имају оправдани интерес за увид у списе.⁹³ Ако се захтев за увид у списе подноси по основу прописа о информацијама од јавног значаја или после окончања поступка, одлуку о дозволи доноси председник суда.⁹⁴ У погледу затварања расправа за јавност у поступку признања и извршења арбитражних одлука, те објављивања и достављања одлука примењују се одредбе Закона о парничном поступку.⁹⁵

7. Достављање арбитражне одлуке и регистрација

У арбитражама које се воде под окриљем сталних арбитражних институција дужност достављања арбитражне одлуке странкама има та институција.⁹⁶ Код *ad hoc* арбитраже дужност да достави одлуку странкама има само арбитражно веће.⁹⁷

91 М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 34, наводи да је Виши трговински суд у решењу Иж. 1217/07 потврдио одлуку Привредног суда у Београду који је одбио предлог за одређивање привремене мере с образложењем да постоји арбитражни споразум који предвиђа Лондон као место арбитраже.

92 Члан 57, став 1. Судског пословника.

93 Члан 98, став 6. Судског пословника.

94 Члан 98, став 8. Судског пословника.

95 ЗПП, чл. 340, ст. 1 и 3 и чл. 341, ст. 3.

96 ЗоА, чл. 55, ст. 1. По Правилнику Сталне арбитраже при Привредној комори Србије арбитражну одлуку странкама доставља Секретаријат (чл. 47.5).

97 ЗоА, чл. 55, ст. 2.

Странке могу споразумно одлучити да се арбитражна одлука депонује код суда места арбитраже ради чувања.⁹⁸ Оригинални примерак одлуке код институционалних арбитража чува орган одређен правилником,⁹⁹ а уколико се арбитражна одлука код *ad hoc* арбитраже не депонује код суда, треба узети да један оригинални примерак одлуке чува председник арбитражног већа.

Закон о арбитражи примењује се на арбитраже које се одвијају на територији Србије,¹⁰⁰ с тим да се одредбе Закона које се тичу признања и извршења арбитражних одлука у суштини односе на арбитражне поступке вођене у иностранству односно на одлуке донете у таквим поступцима.¹⁰¹ У погледу примене Закона о арбитражи на стране арбитраже постоји проблем у тумачењу законских одредби које се односе на област примене Закона у ситуацији када се суду поднесе тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи. Наиме, у судској пракси су изражени различити ставови по питању да ли одредбе Закона о арбитражи да суд треба да се огласи ненадлежним када су се странке арбитражним споразумом определиле да путем арбитраже реше своје спорове примењују само на арбитражне поступке где је предвиђено да место арбитраже буде у Србији, или на све арбитражне поступке, без обзира на место арбитраже.¹⁰²

Закон о арбитражи не одређује стварну и месну надлежност судова у погледу интервенције у арбитражни поступак, већ то препушта другим законима (о организацији судова, те о грађанском поступку). Постоје два изузетка – сам Закон о арбитражи одређује месну надлежност за тужбу за

98 ЗоА, чл. 55, ст. 3.

99 Према пракси раније Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, оригинал арбитражне одлуке чувао је Секретаријат те Абитраже.

100 ЗоА, чл. 2, ст. 1.

101 ЗоА, чл. 64-68. Исто тако, чл. 15, ст. 2. изричито предвиђа да домаћи суд може донети привремену меру и ако је споразумом о арбитражи предвиђено да место арбитраже буде у другој држави.

102 По чл. 2. одредбе ЗоА примењују се на арбитражу када је место арбитраже у Србији, а чл. 14. предвиђа да суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи треба да се огласи ненадлежним и одбаци тужбу по приговору странке, без квалификације да треба да се ради о домаћој арбитражи. Вид. судске одлуке наведене код М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 21 и 22 – решења Вишег трговинског суда у Београду бр. Пж. 9058/2006 (изводи објављени у Билтену бр. 2/2007 – судска пракса трговинских судова), те бр. Пж. 3618/2008.

поништај арбитражне одлуке,¹⁰³ те за одлучивање по захтеву за признање и извршење стране арбитражне одлуке.¹⁰⁴

8. Поништај арбитражне одлуке

Домаће арбитражне одлуке имају снагу правноснажне одлуке домаћег суда.¹⁰⁵ Домаћа арбитражна одлука може се нападати само тужбом суду за поништај.¹⁰⁶

Принцип „ограниченог мешања“ суда у арбитражни поступак примењен је доследно у одредбама Закона о арбитражи које уређују питање поништаја арбитражне одлуке,¹⁰⁷ а посебно је видљив у набрајању законских разлога за поништај арбитражне одлуке. Разлози за поништај су ограничени пре свега на процедурална питања, односно суд се не може упуштати у оцену чињеница и примену права од стране арбитражног већа. Одређене разлоге за поништај арбитражне одлуке суд разматра само по захтеву тужиоца,¹⁰⁸ док на друге разлоге пази по службеној дужности.¹⁰⁹

Странка која зна да нека одредба Закона о арбитражи од чије примене странке не могу да одустану није поштована или да није поштован

103 По чл. 57, ст. 3. ЗоА за поништај је надлежан суд у месту доношења арбитражне одлуке („суд места арбитраже“).

104 О признању и извршењу стране арбитражне одлуке одлучује суд на чијем подручју треба да се спроведе извршење. Вид. ЗоА, чл. 65, ст. 1.

105 ЗоА, чл. 64, ст. 1.

106 ЗоА, чл. 57, ст. 1.

107 ЗоА, чл. 57-63.

108 ЗоА, чл. 58, ст. 1. набраја разлоге које у поступку по захтеву за поништај истакне тужилац (да споразум о арбитражи није пуноважан, да странки против које је одлука донета није омогућено право на одбрану, да је приликом доношења одлуке арбитражно веће прекорачило арбитражни споразум, да арбитражно веће није било састављено у складу са споразумом или прописом, те да арбитражни поступак није вођен у складу са споразумом или прописом, као и да се арбитражна одлука заснива на лажном исказу сведока или вештака или да се заснива на фалсификованој исправи или да је одлука донета услед кривичног дела арбитра или странке, ако је то утврђено правноснажном пресудом. Овај последњи разлог није превиђен *UNCITRAL*-овим Модел-законом о арбитражи. Поред тога, у ЗоА није преузета одредба о неспособности странке (*incapacity*) која се као разлог за поништај помиње у чл. 34, ст. 2, тач. 1(a)(i) Модел-закона.

109 Члан 58, став 2. Закона о арбитражи набраја разлоге на које суд пази по службеној дужности (да предмет арбитражног спора није арбитрабилан, те да је дејство арбитражне одлуке није у супротности са јавним поретком Србије). Само код овог другог разлога може доћи до ограничене интервенције суда у садржину арбитражне одлуке.

неки од услова из арбитражног споразума, а ипак настави да учествује у арбитражном поступку, а не стави приговор без одлагања, губи право на приговор којим се позива на непоштовање те законске одредбе или тог услова.¹¹⁰ Ово значи да странка може да изгуби право да одређени приговор истакне у тужби за поништај коју подноси суду ако на одређене околности није ставила приговор већ у арбитражном поступку.

Арбитражно веће о приговору ненадлежности и о приговору да је прекорачило границе својих овлашћења може да одлучи као о претходном питању или одлуком о предмету спора.¹¹¹ Ако арбитражно веће о таквом приговору одлучи као о претходном питању, странка може у року од 30 дана од дана достављања одлуке тражити од суда да одлучи о том питању.¹¹² Против одлуке суда није дозвољена жалба.¹¹³ Ако не успе са захтевом да суд одлучи у њену корист о питању које је арбитражно веће решило као претходно, странка не може разлоге које је изнела у обраћању суду поновити као разлоге у тужби за поништај коначне арбитражне одлуке.

Поступак за поништај арбитражне одлуке одвија се по одредбама Закона о парничном поступку.¹¹⁴ Рок за подизање тужбе за поништај је три месеца од дана пријема арбитражне одлуке.¹¹⁵

Ако је суд поништио арбитражну одлуку из разлога који се не односи на постојање и пуноважност арбитражног споразума, арбитражни споразум и даље обавезује странке.¹¹⁶ У случају сумње међу странкама о разлогу поништаја арбитражне одлуке, странке могу захтевати да о томе одлучи суд.¹¹⁷

110 ЗоА, чл. 43.

111 ЗоА, чл. 30, ст. 1. у вези са чл. 29, ст. 1 и 3.

112 ЗоА, чл. 30, ст. 2.

113 ЗоА, чл. 30, ст. 3.

114 ЗПП, чл. 61.

115 ЗоА, чл. 59, ст. 1.

116 ЗоА, чл. 63, ст. 1. У примени одредбе овог ст. 1. треба водити рачуна да му одредба ст. 2. овог члана противречи, јер говори да нови арбитражни поступак између истих странака и у вези са истом ствари може да се води само на основу новог споразума о арбитражи; ст. 2. би имао смисла само ако би се односио на остале случајеве (односно оне арбитражне одлуке које су искључене по ст. 1. како и стоји у решењима закона о арбитражи неких других земаља; одредбу ст. 2. отуда треба тумачити тако да за вођење новог арбитражног поступка није потребан нови споразум страна, осим у случају када је одлука поништена, јер није постојала надлежност арбитраже.

117 ЗоА, чл. 63, ст. 3.

9. Извршење домаће арбитражне одлуке

Домаћа арбитражна одлука, како је речено, има снагу правноснажне одлуке домаћег суда и извршава се принудно као и судска одлука. На принудно извршење домаће арбитражне одлуке примењују се, дакле, одредбе Закона о извршењу и обезбеђењу.¹¹⁸

10. Извршење стране арбитражне одлуке

За разлику од домаћих, стране арбитражне одлуке¹¹⁹ морају да буду признате од стране редовног суда да би могле да буду принудно извршене у Србији односно да би стекле снагу домаће правноснажне судске одлуке.¹²⁰

Странка се може определити да признање стране арбитражне одлуке у Србији тражи на основу Закона о арбитражи или на основу Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука.¹²¹ Њујоршка конвенција има предност у примени у односу на Закон о арбитражи.¹²² Међутим, странка се може определити и за примену Закона о арби-

118 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015, у начелу, суд одлучује у *ex parte* поступку.

119 Страном арбитражном одлуком сматра се одлука коју је донело арбитражно веће у месту ван Србије, као и одлука која је донета у Србији ако је на арбитражни поступак примењено страном право (Закон о арбитражи, чл. 64, ст. 3). Одредбу о „страном праву које се примењује на арбитражни поступак“ треба разумети тако да су странке арбитражним споразумом одредиле да се на арбитражни поступак примењује закон о парничном поступку стране државе; позивање на правилник стране сталне арбитражне институције или на UNCITRAL-ов Правилник за *ad hoc* арбитраже не сматра се да одређивањем страног процесног права за поступак. Странке у међународној арбитражи имају слободу да уговоре примену страног процесног права по одредбама члана 2, став 2 и члана 32, став 2 Закона о арбитражи.

120 ЗоА, чл. 64, ст. 2.

121 Србија је, у поступку сукцесије у односу на Југославију, (п)остала чланица Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука. Србија је, такође, наследила Југославију и као чланица Женевског протокола о арбитражним клаузулама из 1923, Женевске конвенције о извршењу страних арбитражних одлука из 1927, Европске конвенције о међународној трговачкој арбитражи из 1961. Исто тако, Србија има, по основу сукцесије и низ билатералних споразума о правној помоћи те о трговини и пловидби који садрже и одредбе о признању и извршењу арбитражних одлука донетих на територији држава-уговорница (ови су споразуми у погледу арбитражних одлука у многоме изгубили на значају, јер је извршење по одредбама ЗоА у многим аспектима повољније за странку која тражи признање и извршење арбитражне одлуке).

122 По чл. 8. ЗоА примена тог Закона не утиче на примену ратификованих међународних споразума које Србија има.

тражи, јер сама Конвенција даје могућност странки да изабере поступак признања арбитражне одлуке према прописима земље у којој тражи признање односно извршење.¹²³ Дакле, одредбе Закона о арбитражи примењују се на поступак признања стране арбитражне одлуке кад не постоје међународни споразуми односно када се странка определи за одредбе Закона као повољније. У Србији се може тражити извршење сваке стране арбитражне одлуке, а не само одлуке донете у трговачким стварима.¹²⁴

Поступак признања стране арбитражне одлуке исти је у оба случаја - и по Закону о арбитражи и по Њујоршкој конвенцији. Признање се спроводи у ванпарничном, контрадикторном (*inter partes*) поступку.¹²⁵ Стварну надлежност за признање арбитражне одлуке у трговачкој ствари има привредни суд, а у осталој материји (на пример, одлуке донете у спортским арбитражама) стварно је надлежан виши суд.¹²⁶ Месна надлежност одређује се према месту у коме треба спровести извршење стране арбитражне одлуке.¹²⁷

Закон прописује да одлука о признању и извршењу стране арбитражне одлуке треба да буде образложена.¹²⁸ Против одлуке првостепеног суда о признању стране арбитражне одлуке дозвољена је жалба¹²⁹ – против одлуке привредног суда Привредном апелационом суду у Београду, а против одлуке вишег суда надлежном апелационом суду. Закон о арбитражи не предвиђа могућност подношења ванредних правних лекова у погледу другостепене одлуке о признању и извршењу стране арбитражне одлуке.

Суд у Србији није овлашћен да у поступку признања стране арбитражне одлуке испитује суштину арбитражне одлуке (да ли су чињенице тачно и потпуно утврђене односно да ли је право правилно примењено). Суд има право тзв. „ограничене контроле“ стране арбитражне одлуке -

123 Њујоршка конвенција, члан VII.

124 Приликом прихватања Конвенције, Југославија је ставила резерву постојања реципроцитета, те тзв. резерву трговачких спорова из члана I(3) Конвенције. Ова се резерва може избећи уколико се признање стране арбитражне одлуке тражи на основу ЗоА, а не Конвенције.

125 Према општем начелу утврђеном у чл. 5. ЗПП и у складу са одредбама чл. 30, ст. 1. Закона о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82, 48/88, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 17/2005, 85/2912, 45/2013, 55/2014, 106/2015.

126 Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 31/2001, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 40/2015, 106/2015, 13/2016, 108/2016, чл. 23, ст. 2 и чл. 25, ст. 2.

127 ЗоА, чл. 65, ст. 1.

128 ЗоА, чл. 68, ст. 1.

129 ЗоА, чл. 68, ст. 2.

овлашћен је само да цени да ли су испуњени тачно набројани услови за признање; на неке од ових услова суд пази по службеној дужности,¹³⁰ а на неке само по захтеву странке према којој је захтев за признање уперен.¹³¹

После признања, страна арбитражна одлука може да се извршава пред домаћим судовима као домаћа арбитражна одлука односно домаћа правноснажна судска одлука.¹³² Међутим, странка у чију је корист донета страна арбитражна одлука може да се определи да одмах тражи извршење те одлуке пред судом у Србији по правилима извршног поступка; у овом случају, суд пред којим се извршење тражи мора о признању стране арбитражне одлуке да одлучи као о претходном питању.¹³³ За овај поступак надлежан је суд према домицилу извршеника односно према месту налажења ствари према којима се извршење тражи, те на основу других околности из Закона о извршном поступку.¹³⁴ Када одлучује о признању стране арбитражне одлуке у извршном поступку, суд разматра испуњеност услова на које пази по службеној дужности (да је предмет спора арбитрабилан, те да дејства одлуке нису противна јавном поретку).¹³⁵ Пошто се одлука доноси у *ex parte* поступку,¹³⁶ странка може да достави доказе да нису испуњени остали услови за признање стране арбитражне одлуке у жалбеном поступку.¹³⁷

130 По ЗоА надлежни суд ће одбити признање и извршење арбитражне одлуке ако утврди да по праву Србије предмет спора није подобан за арбитражу, или ако су дејства арбитражне одлуке у супротности са јавним поретком Србије (чл. 66, ст. 2. као и члан V(2)(b) Њујоршке конвенције). Треба запазити да се наведене одредбе Закона и Конвенције разликују у погледу формулације овог услова везаног за јавни поредак: Закон говори о „дејствима одлуке“, док се по Конвенцији тражи да „признање и извршење одлуке“ не буде „противно јавном поретку“ (но ова разлика нема практичне ефекте).

131 По чл. 66, ст. 1. ЗоА и члану V Њујоршке конвенције признање и извршење стране арбитражне одлуке може да буде одбијено ако странка против које се оно тражи пружи доказе да споразум о арбитражи није пуноважан, ако није поштовано право странке против које је донета арбитражна одлука на одбрану, ако је одлука донета прекорачењем арбитражног споразума, ако арбитражно веће није било састављено у складу са споразумом или прописом, ако арбитражни поступак није вођен у складу са споразумом или прописом, те ако је одлука поништена по праву места доношења. ЗоА, који се примењује уместо раније важећих одредби Закона о решавању сукоба закона у погледу признања страних арбитражних одлука (чл. 97-100) не поставља више постојање реципроцитета као услов за признање.

132 ЗоА, чл. 25, ст. 2.

133 ЗИО, чл. 46, ст. 1 и 3.

134 Чланови 3, 69, 98, 154, 196, 205, 210, 215, 231 и 245

135 Закон о извршном поступку, чл. 25, ст. 4.

136 Закон о извршном поступку, чл. 53, ст. 2.

137 Закон о извршном поступку, чл. 25, ст. 5.

У српском праву није предвиђен посебан рок за отпочињање поступка признања стране арбитражне одлуке. На ово питање могу се применити законске одредбе које се односе на рок за извршење судских одлука. По Закону о облигационим односима, потраживања утврђена правноснажном судском одлуком, поравнањем пред судом или одлуком другог надлежног органа застаревају за десет година о дана одлуке.¹³⁸ Под ову формулацију о „другом надлежном органу“ може се подвести и арбитражно веће које донесе одлуку у иностранству чије се извршење тражи у Србији.¹³⁹

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
Attorney at Law, Belgrade

ROLE OF STATE COURTS IN COMMERCIAL ARBITRATION

Summary

Court competence related to arbitration is sensitive matter and demands thoughtful access and understanding phenomenon of arbitration and its basic postulates. It is very important to understand the purpose and effects of inclusion of the state courts in proceedings which the parties created solely. By this way, parties desire properly to exclude application of proceedings which is regulated by ordinary, state created, norms applicable by only by state courts.

Key words: *arbitration, arbitration proceeding, state court, interference of state court in arbitration proceedings.*

138 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист ДЗСЦГ*, бр. 1/2003, чл. 379, ст. 1.

139 М. Станивуковић, *Serbia National Report*, 54.

Др Марија КРВАВАЦ

редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

Др Јелена БЕЛОВИЋ

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

ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ И АРБИТРАЖНО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА

Резиме

Привремене мере и мере обезбеђења представљају домен у којем се преплићу надлежности арбитраже и надлежности суда, чиме се отвара питање решавања евентуалне конкуренције надлежности за одређивање тих мера. Права неких земаља искључују могућност изрицања привремених мера у арбитражном поступку, насупрот система који изричито признају, или прихватају овлашћење арбитра да изриче привремене мере, док трећа група националних правила дозвољава странкама да овласте арбитра, било уговором о арбитражи било у тренутку спора, да одреде привремене мере. Међутим, и у земљама где арбитраже могу да изричу привремене мере странке имају могућност да се обрате надлежном суду. Државни судови су у великој мери опрезни у погледу извршења мера које је изрекла арбитража, нарочито кад нема довољно везујућих околности са земљом у којој треба извршити одлуку о привременој мери или мери извршења. За одређивање привремене мере, пре покретања арбитражног поступка или у току самог поступка, надлежан је суд који би био стварно и месно надлежан за извршење одлуке арбитражног суда.

Кључне речи: *привремене мере, арбитража, поступак, суд, странке.*

I Увод

Арбитража представља начин решавања спорова посредством непристрасног лица од поверења које није учесник у спору и које су стран-

ке овластиле да одлучује о спору својом одлуком. Реч је о специфичном облику суђења који овлашћење црпи из споразума странака. Арбитражном суду, састављеном од једног или више арбитра, странке, споразумно и добровољно, поверавају решавање спора и доношење одлуке која за њих има снагу правоснажне судске пресуде. Воља странака чини оквир из кога произлази предмет спора, меродавно процесно и материјално право за суштину спора, при чему споразум мора бити у складу са темељним начелима добро вођеног судског поступка (као што је начело саслушања странака о свим наводима и доказима супротне стране).

Уговарањем арбитражног решавања могућег, или већ насталог спора, странке желе да избегну неефикасност државних судова који неретко примењују застарела и крута правила. Дерогирајући надлежност државног правосуђа странке настоје да осигурају тајност расправљања, једностепеност а самим тим и ефикасност, односно брзину решавања спорова, као и стварање помирљивије климе за настављање пословне сарадње. Ако се томе дода и могућност арбитра да се не везују за одређени правни систем, већ да спор решавају по праву и правичности, или по устаљеним правилима пословних односа странака, разумљиво је зашто су решења савременог арбитражног права одговор учмалим оквирима државног судства.

Насупрот позитивним странама, евидентни су и недостаци арбитражног решавања спорова, имајући у виду тешкоће у конституисању арбитражног суда, несавесност, нестручност и зависност арбитра од странака, непредвидљивост резултата суђења, могућност стварања превеликих трошкова поступка итд. Државно правосуђе, посебно када се ради о домаћим споровима, представља још увек мирно море које строгим материјалноправним и процесноправним оквирима штити странке од „олуја“ неодређености и правне несигурности.

У сфери међународних трговачких спорова недржавно арбитражање добија свој пуни значај, што захтева примену универзално прихваћених правила савременог арбитражног права које странке у случају спора ставља у једнак, или приближно једнак, положај. Процес унификације и хармонизације националних арбитражних правила је далеко одмакао, али разлике још увек нису ни приближно елиминисане. Концепт савременог међународног арбитражног права утемељен је на заједничким начелима који чине основне елементе арбитраже.

Процес унификације арбитражног права означава динамичан процес који још увек траје. Напуштањем оквира процесних гаранција ко-

је дају национална права и релевантне међународне конвенције, добија се одлука ван судског механизма одлучивања. Међутим, то је и даље поступак иза кога стоји одређени правосудни систем.¹ Савремене националне кодификације арбитражног права јасно уређују улогу судства, односно могућност да судови интервенишу у арбитражни поступак, у ситуацијама које предвиђа закон у коме су садржане одредбе о арбитражи. Овакав *interius clausus* спречава да се на основу аналогije са парничним поступком изналазе и стварају могућности за додатну интервенцију суда.² Осим тога приметна је тенденција да се ускрати право жалбе на одређене одлуке суда у вези са арбитражом, како би се спречило да судски поступак поводом арбитраже постане „случај сам за себе“.³ Према Закону о арбитражи (у даљем тексту: ЗА) за доношење арбитражне одлуке домаћи суд, поред осталог, може да одлучи о привременим мерама које затражи странка у поступку (интервенција суда се не ограничава на арбитраже које имају седиште у Србији).⁴

II Историјски осврт на могућност одређивања привремених мера у арбитражном поступку

Комисија Уједињених нација за међународно трговачко право (у даљем тексту: УНЦИТРАЛ), основана је 1966. године као специјализована агенција УН-а са задатком да обавља прогресивну хармонизацију и модернизацију међународног трговачког права у циљу јачања међународне трговине и инвестиција. Након више од 50 година постојања ове агенције много тога је промењено у сфери међународне трговине, а нарочито када је реч о решавању међународних трговачких спорова. У годинама када је настала агенција, арбитражно решавање спорова могло се регистровати само у појединим случајевима, и то најчешће од стране *ad hoc* арбитража. Сада, арбитража представља скоро редован пут за решавање спорова у међународној трговини. Потреба да и арбитража одређује привремене мере последица је јачања капацитета арбитраже, њеног угледа, али и захтева за ефикасним решавањем спорова, које је једно од основних обележја арбитраже. Привремене мере на овај начин пружају ширу аутономију арбитражном трибуналу да ефикасно решава спорове,

1 Ближе Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Досије, Београд, 2009, 125.

2 *Ibid.*, 126.

3 J. Lew, L. Mistelis, S. Kroell, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 359 (запажање Г. Кнежевић, В. Павић, 126).

4 Закон о арбитражи – ЗА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 15.

не ограничавајући способност доношења одлуке по једном делу захтева. На овај начин посредно се јача и аргументација у прилог јурисдикционе теорије о арбитражи.

Привремене мере представљају правна средства којима овлашћено лице у парничном, ванпарничном и извршном поступку осигурава остварење свог захтева. По први пут могућност одређивања привремених мера у арбитражном поступку, предвиђена је УНЦИТРАЛ-овим Арбитражним правилима из 1976. године.⁵ Иако је постојала одредба о привременим мерама, недостајао је консензус по питању правог смисла и обима у погледу одређивања привремених мера од стране арбитраже.⁶ Израда Модел закона (у даљем тексту: МЗ) о арбитражи 1985. године, значила је да се УНЦИТРАЛ путем наведеног инструмента обраћа државама, а не појединцима, са препоруком да хармонизују своја национална арбитражна правила сходно Моделу. МЗ из 1985. године није предвидео могућност да арбитражни трибунал одреди привремене мере, међутим, „*није неспојиво са арбитражним споразумом, да се странка, пре или за време арбитражног поступка, обрати суду са захтевом за издавањем привремене мере заштите, и да суд такву меру одреди.*“⁷ Тумачење ове одредбе јасно показује скептицизам који је у то време постојао у погледу могућности да арбитражни трибунал одређује привремене мере. МЗ је измењен 2006. године са циљем прилагођавања модерном времену и његовим потребама. Измене су се односиле на форму арбитражног споразума, признање и извршење арбитражне одлуке, и оно што је на овом месту најзначајније, додат је сасвим нови, посебан део који се односи на привремене мере.⁸ Тиме је, по први пут, на детаљан и свеобухватан начин регулисано питање привремених мера у арбитражном поступку.⁹ Многе државе су након 2006. године ускладиле своја национална правила о арбитражи са изменама МЗ-а. По узору на МЗ из 2006. године, УНЦИТРАЛ је ревидирао и Арбитражна правила 2010. године.¹⁰ Иако, за разлику од ранијих Арбитражних правила из 1976. године (чл. 9), чл. 26 Арбитражних правила из 2010. године на детаљнији и свео-

5 Види: чл. 26 UNCITRAL Arbitration Rules, General Assembly Resolution 31/98, доступно на: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

6 L. A. Tucker, „Interim Measures under Revised UNCITRAL Arbitration Rules: Comparison to Model Law Reflects both Greater Flexibility and Remaining Uncertainty“, *Arbitration Brief*, 2011, 14.

7 Види: чл. 9 Модел закона о арбитражи из 1985. године.

8 Део IV, А.

9 В. Чл. 17, Део IV, А, Модел закона из 2006. године.

10 UNCITRAL, Model Arbitration Rules, 2010, чл. 26, доступно на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

бухватнији начин регулише привремене мере, он је свакако мање свеобухватан од Дела IV (A) МЗ из 2006. године. Постоје четири главне области у којима Арбитражна правила 2010, одступају од МЗ 2006, у погледу решења о привременим мерама: 1) за разлику од МЗ-а, Арбитражна правила не садрже одредбу о извршењу привремених мера; 2) Правила садрже детаљнију дефиницију услова и околности под којима су привремене мере дозвољене, уз напомену да режим привремених мера која су установљена Правилима има ширу употребу од МЗ-а; 3) Правила, за разлику од МЗ-а, јасније дефинишу ризик од одговорности за штете проузроковане одређивањем привремених мера; 4) Правила не садрже одредбу о *ex parte* привременим мерама.¹¹

III Привремене мере у арбитражном поступку

У току арбитражног поступка може настати потреба да се односи између странака уреде привремено, док се арбитража не оконча. Реч је о привременим мерама које се у упоредној арбитражној пракси јављају у различитим облицима. Студија УНЦИТРАЛ-а¹² групише различите привремене мере као: *процесно-фацилитацијске и евиденцијске* уколико поспешују вођење арбитражног поступка (нпр. мера којом се налаже једној од странака да допусти извођење доказа и др.); *конзервацијске и превентивне* мере имају за циљ да осигурају одржање постојећег стања до окончања спора (*status quo*), или ако је оно нарушено да постигну враћање у стање које је било пре него што га је једна од странака својим једностранним радњама изменила (нпр. налог извођачу радова да настави радове и поред тога што се у арбитражи позива на право да прекине са извођењем).¹³ Најзад, *егзекуцијско-осигуравајуће* привремене мере иду у прилог

11 L. A. Tucker, 16-17.

12 Settlement of commercial disputes, Possible uniform rules, Report of Secretary General UNCTRAL Doc.A/CN.9WG.II/WP.108, para. 63.

13 Пример једне такве мере налазимо у случају *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction*. Ибвеститор и будући оператер железничког тунела испод Ламанша (*Channel Tunnel, Eurotunnel*) поднео је 1991. године енглеском суду предлог против конзорцијума француских и енглеских компанија (*Trans-Manche Link, TML*), као извођача, ради одређивања привремене мере којом би суд наложио извођачу да настави уговорене радове на систему за хлађење. Извођач је претио да ће радове обуставити због неуредног испуњавања обавезе плаћања од стране инвеститора. У конкретном случају, иако је у образложењу констатовао да је надлежан за одлучивање по предлогу, енглески суд је одбио предлог за одређивање привремене мере, из разлога што мера није примерена предметном случају, и из разлога што би прејудцирала арбитражну одлуку и спречила ефективно деловање арбитраже у оквирима надлежности које су јој странке повериле арбитражним споразумом...“ Више у: Но. Ј. Edgar Sexton,

олакшању каснијег извршења уколико буде донета кондемпнаторна пресуда, односно у прилог спречавању могућности да тужилац који је добио спор не успе са реализацијом својих права због радњи туженог.

Класична становишта европско континенталних правних система оспоравају могућност арбитра да доноси привремене мере, полазећи од тога да арбитар није орган државне власти, као и да се мере осигурања остварују у извршном поступку, односно специфичном ванпарничном поступку, док се арбитражним уговором одређује само парнична надлежност судова.¹⁴ Учестала мишљења да арбитру треба дозволити издавање привремених мера, уз специфичне резерве, утицала су на решења новијих националних кодификација арбитражне регулативе, међу којима је и наш ЗА. Она у већини допуштају конкурентну надлежност, те странка има могућност да затражи одређивање привремене мере било од арбитраже било од суда.¹⁵ Домаћи суд може да одлучи о привременим мерама које затражи странка у поступку, тако да се интервенција судова не ограничава само на арбитражу са седиштем у нашој земљи.¹⁶

Арбитри добро познају битне елементе спора о коме расправљају, као и странке, што знатно олакшава стварање услова од којих зависи допустивост изрицања мера осигурања и њихов ефекат. Дакле, у случају да се покаже потреба за привременом мером оставља се потенцијалном подносиоцу захтева да се обрати арбитражном суду или редовном државном суду. Надлежност у том случају уговарају странке, тако да арбитража не може изрећи привремену меру према трећим лицима (нпр. банка), као и уколико се потреба за изрицањем привремене мере јави пре покретања поступка, већ привремену меру може да одреди једино суд. Осим чињенице да арбитража мора прво да се конституише да би уопште арбитар/арбитри могао да одлучује о привременим мерама, треба додати и то да арбитража нема ни апарат силе којим би осигурала спровођење привремених мера. Домаћи законодавац је узевши у обзир аргументе у

„Caught between Arbitrators and the Courts: Interim Measures in U.S. International Arbitration“, *Canadian Arbitration and Mediation Journal*, 2012, 36-38.

14 С. Трива, А. Узелац, *Хрватско арбитражно право*, Загреб, 2007, стр. 123.

15 *Службени гласник РС*, бр. 46/06; чланови 15 и 31 ЗА за разлику од периода пре доношења овог закона када се привремена мера могла тражити само од суда.

16 Пресуда Привредног апелационог суда Пж.7679/2012 од 23.08.2012. године. У образложењу пресуде стоји: „Основано се жалбом тужиоца указује и да, према Закону о арбитражи, иако постоји уговорена надлежност арбитраже, постоји и надлежност суда за доношење привремених мера, те да се чл. 15, став 1 овог закона примењује и када се споразум о арбитражи односи на арбитражу чије је седиште у другој држави...“

прилог арбитражних привремених мера изведен из интереса самих странака, предвидео конкурентну надлежност арбитраже и судова, али не и механизам којим би се осигурало да суд изврши арбитражну привремену меру.¹⁷ Привремене мере чије се изрицање тражи од надлежних судова не могу бити неспојиве са наставком деловања арбитраже о основи случаја, нити с постојањем арбитражне клаузуле.¹⁸ Правилник о сталној арбитражи при ПК Србије¹⁹ предвиђа да арбитража на предлог једне странке има могућност да одреди привремену меру коју сматра потребном с обзиром на предмет спора, ако се странке нису другачије споразумеле.

Законодавство мањег броја земаља не допушта арбитрама могућност изрицања привремене мере осигурања (Аустрија,²⁰ Финска, Грчка, Италија, Кина, Словенија и др.), док земље које генерално имају позитиван став, у том погледу, немају истоветна правила. Тако, по данском праву странке могу да се споразумеју и да овласте арбитра да одреде мере осигурања, с тим што ни тада немају право да одреде заплону добара или да издају кондемпнаторне наредбе.²¹ Према енглеском *Arbitration Act* из 1996. странке се могу споразумети о радњама за чије спровођење могу овластити арбитра а арбитар је по закону (осим ако странке споразумно другачије не одреде) овлашћен да наложи тужиоцу да положи осигурање за арбитражне трошкове и др.²² По новом француском Грађанском закону арбитражи могу одређивати привремене мере осигурања, а арбитражни уговор није сметња да и суд одређује привремене мере осигурања.²³ Арбитражи изричу привремене мере посебним међупресудама, а објекат мере мора бити уско повезан са предметом спора. Такође, арбитражи могу одлучити да се арбитражна пресуда привремено изврши, а уколико би подношење правног средства против пресуде представљало препреку за непосредно извршење суд би могао оснажити арбитражну одлуку упркос

17 Г. Кнежевић, В. Павић, 130.

18 В. Philippe Bertin, „L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale“, *Rev. arb.* 1982, 337.

19 *Службени гласник РС*, бр. 101/2016, чл. 37.

20 У складу са одредбама новелираног аустријског Закона о грађанском поступку (пар. 589) арбитражи нису овлашћени одређивати привремене мере осигурања. Арбитар у току поступка може затражити од надлежног суда да изда такве мере. Види: W. Melis, „Austria“, у: *Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl.*, 1. May 1984, 9.

21 Philip, „Denmark“, у: *Handbook on Comm. Arb. Suppl.*, 5. may 1986, 15.

22 Ближе В. Harris, „The Arbitration Act 1996 – A Commentary“, *Planterose R & Tecks J.*, Blackwell Science, 1996, 157-162, 178-181.

23 Cass. civ. 3.6. и 9.7.1979, *Rev. Arb.* 1980, 78.

жалби, или тужби за поништај одлуке.²⁴ Дакле, арбитража може изрећи привремену меру, или меру обезбеђења с тим што је реч о одлуци која не може да се призна и изврши као арбитражна пресуда (наспрот решењима холандског и француског арбитражног права). Сходно новелираном немачком Закону о парничном поступку (садржи нова правила о арбитражи), арбитражни уговор не искључује могућност да суд пре или након покретања арбитражног поступка одреди неку меру осигурања.²⁵

Према члану 8. савезног америчког Закона о арбитражи утврђено је право странке да од суда тражи спровођење привремене мере којом се постиже заплена брода или друге имовине која припада другој страни у спору, уколико је спор настао у вези поморске трговине и пловидбе. Право да нареди спровођење привремених и заштитних мера је иначе спорно у свим осталим случајевима који су предмет арбитраже. У судској пракси забележене су одлуке у којима је одбијено спровођење привремених мера због тога што члан II ст. 3 Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука наводно лишава суд могућности да решава о било чему другом, осим о питању да ли странке треба упутити на арбитражу.²⁶ Врховни суд државе Њујорк пресудио је да у спору у коме долази до примене Њујоршке конвенције суд те државе не би могао наредити попис туженикове имовине. У америчкој арбитражној пракси арбитрама се признају широка овлашћења за издавање привремених мера осигурања, упркос томе што у федералним законима и закона савезних држава нема о њима пуно, или нема уопште изричитих прописа.

У пракси, странке дају предност привременим мерама које изричу судови имајући у виду да су њихови учинци непосреднији од оних које имају одлуке арбитра.

Треба поменути да пракса судова ЕУ бележи одређени број случајева у којима арбитраже привременим мерама налажу обуставу паралелно покренутог судског поступка (*anti-suit injunctions*), што није честа појава и повлачи низ контроверзи.²⁷

24 В. чл. 1479 CPC Code de procedure Civile (Закон о парничном поступку).

25 Пар. 1025-1066 DZPO (Schiedsrichterliches Verfahren).

26 Mc Creary Tire & Rubber Co. V. CEAT S.p.A, 501 F. 2d 1032 (3d Cir.1974); I.T.A.D Associates Inc. V. Podar Brothers, 636 F. 2d 75 (4th Cir. 1981).

27 Одлука суда ЕУ у случају *Allianz SpA и Generali Assicurazioni Generali SpA protiv West Tankers Inc.* C-185/07 од 10. фебруара 2009. Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука (Њујоршка конвенција) у чл. II ст. 3. предвиђа да суд државе уговорнице којем је поднесен на решавање спор о неком питању о којем су странке склапиле уговор у смислу овог члана

IV Услови за издавање привремених мера

Издавање привремених мера у арбитражном, односно судском поступку нема значајнијих разлика. Арбитражни суд доноси привремену меру на захтев странке што упућује на закључак да не поступа по службеној дужности када је реч о привременим мерама. Поред тога, арбитра-

упућују странку на арбитражу, на захтев једне од њих, осим ако нађе да је тај уговор престао да важи, да је без дејства или је неприкладан за примену. Уредба ЕУ бр. 44/2001 (Уредба Брисел I) предвиђа да због поштовања међународних обавеза које су преузеле државе чланице ова Уредба не сме утицати на конвенције које се односе на посебна правна подручја чије су државе уговорнице. Сходно члану 1. Уредба се не примењује на арбитражу. *Arbitration Act* из 1996. предвиђа у члану 44 („Судске надлежности за подршку арбитражном поступку“) да суд може, у погледу или у вези са арбитражним поступком, уколико странке не договоре другачије, издавати налоге у актом наведеним подручјима, као и у погледу судских поступака. Између осталих подручја предвиђена је и могућност доношења привремених мера.

Из образложења: „Издавање налога од стране суда једне државе чланице којим се некој особи забрањује покретање или наставак поступка пред судовима друге државе чланице с образложењем да је тај поступак у супротности са уговором о арбитражи неспојиво је с Уредбом (ЕЗ) бр. 44/2001 о надлежности, признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима.“ У погледу захтева који је у поступку пред судом *High Court of Justice* покренуо *West Tankers* ради утврђења да се према склопљеном уговору о арбитражи њихов спор са *Allianz* и *Generali* треба решавати у арбитражном поступку ... као и да се донесе налог којим се забрањује коришћење неког другог поступка осим арбитражног. *House of Lords* је истакао да решење које се односи на *Allianz* и *Generali* којим им се забрањује да воде неки други поступак осим арбитражног и налаже да наставе поступак пред *tribunale di Siracusa* не може бити у супротности са Уредбом бр. 44/2001 зато што је целокупно подручје арбитраже изван поља примене Уредбе. Поред тога *House of Lords* је упутио на то да судови Уједињеног Краљевства већ пуно година доносе *anti-suit injunctions*. Та пракса је делотворно средство за суд у седишту арбитражног суда који над њим има судску контролу јер обезбеђује правну сигурност и смањује могућност сукоба између арбитражне пресуде и пресуде националног суда. С друге стране превладао је мишљење да *anti-suit injunction* какав је донет у главном поступку противан општем начелу које произлази из судске праксе Суда у вези са Бриселском конвенцијом према којем сваки суд пред којим се покреће поступак сам одређује у складу са правом које је за њега меродавно је ли надлежан за спор који је пред њим покренут. Према томе такав „*anti-suit injunction*“ у супротности је с међусобним поверењем држава чланица у односу на њихове правне системе и органе правосуђа и на којем почива систем надлежности Уредбе бр. 44/2001, јер спречава суд друге државе чланице у коришћењу овлашћења које су му додељене одредбама Уредбе у одлучивању о применљивости исте. Европски суд је одлучио да *anti-suit injunction* какав је донесен у главном поступку није спојив с Уредбом Брисел I. Овај закључак потврђује се одредбом члана II ст. 3 Њујоршке конвенције према којем је суд државе уговорнице којем је поверен на решавање спор о неком питању о којем су странке склопиле уговор о арбитражи онај који упућује странке на арбитражу осим ако не утврди да је тај споразум престао да важи, да је без дејства или је неприкладан за примену. Ближе: С. Jessel-Holst, Н. Sikirić, В. Bouček, D. Babić, *Međunarodno privatno pravo, zbirka odluka suds EU*, Narodne novine, Zagreb, 2014, 445-455.

жни суд мора да је надлежан и да је одлуку донео након саслушања обе стране, имајући у виду преовлађујуће становиште да арбитража не треба да доноси *ex parte* привремене мере.²⁸ Правилник наше сталне арбитраже предвиђа да арбитража по правилу може одредити привремену меру тек пошто противној страни омогући да се изјасни о предлогу за њено одређивање, али арбитражно веће или арбитар појединац може одредити привремену меру и пре изјашњавања друге стране, под условом да странка која тражи њено одређивање учини вероватним да је то нужно ради дејства привремене мере.²⁹

Услови који треба да омогуће изрицање привремених мера јесу: постојање опасности од настанка ненадокнадиве штете за странку која предлаже меру; пропорционалност у издавању мера у односу на интересе предлагача и његовог противника у арбитражном поступку; и веродостојност постојања потраживања. Неопходно је да странка, предлагач привремене мере у арбитражном поступку, учини вероватним да опасност постоји и да је тражена мера нужна да би се спречио настанак штете. Није редак случај да странка која захтева одређивање привремене мере мора да докаже да постоји разумна могућност да она успе у меритуму, при чему утврђивање ове могућности не утиче на слободу арбитражног одлучивања. У арбитражној пракси, арбитри ретко и опрезно приступају одређивању привремених мера, а разлог лежи у томе што не желе да створе утисак да о предмету спора одлучују пре утврђивања чињеничног стања, нити да фаворизују једну од страна.³⁰ Једнако уважавање интереса и једне и друге странке представља услов неопходан за издавање привремених мера, како у арбитражном тако и судском поступку. Изрицањем привремене мере не треба задирати у право онога против кога је управљена више него што је нужно, нити тежити потпуном остварењу тужбеног захтева, већ само осигурању угроженог потраживања. За попут многих других националних арбитражних прописа предвиђа да се одређивање привремених мера може условити полагањем одговарајућег обезбеђења од странке против које је привремена мера уперена. Према Модел-закону УНЦИТРАЛ-а арбитражни суд може од подносиоца захтева тражити одговарајуће осигурање у вези са мером. Ова обавеза је још наглаше-

28 J. Lew, L. Mistelis, S. Kroell, 606-607.

29 В. чл. 37 ст. 3 Правилника.

30 G. Marchac, „Note & Comment: Interim Measures in International Commercial Arbitration under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL RULES“, *The American Review of International Arbitration*, бр. 10/1999, 129.

нија код мера изречених *ex parte*, где редовно арбитражни суд мора затражити полагање обезбеђења потраживања, осим у случајевима када сматра да је то непримерено или непотребно.³¹

Привремена мера производи правно дејство најкасније до доношења коначне арбитражне одлуке, која би требало да одреди и да ли ће она бити укинута или ће бити делимично, односно у целости, инкорпорисана у садржај правне заштите. С друге стране, арбитражи могу привремену меру укинути, изменити или ставити привремено ван правне снаге и раније, на захтев било које странке, када дођу до сазнања да су се околности промениле. Сходно чл. 17 (D) МЗ-а из 2006. године, арбитражни трибунал може, „у изузетним околностима, изменити, обуставити или прекинути привремену меру на сопствену иницијативу, а након претходног обавештења странака“. ЗА не уређује питање измене, обуставе или укидања привремених мера, док Правилник наше Сталне арбитраже у том смислу предвиђа да су арбитражно веће, односно арбитар појединац дужни, чим је то по природи ствари могуће, омогуће противној странци да се изјасни након чега одлуку о привременој мери могу укинути, изменити или привремено ставити ван снаге. Такође, арбитража може и током поступка изменити или привремено ставити ван снаге привремену меру, уколико закључи да околности случаја више не оправдавају њено постојање.³² Временско трајање привремених мера долази посебно до изражаја уколико су оне издате без претходног саслушања друге стране (*ex parte*). Нова УНЦИТРАЛ-ова правила предвиђају да такве мере могу важити највише 20 дана од свог доношења.

V Признање и извршење арбитражних привремених мера

Арбитражна привремена мера може имати одређеног ефекта ван земље порекла на тлу другог суверенитета чије право прихвата могућност домаћег суда да спроведе привремену меру арбитраже са седиштем у иностранству. Реч је о правима која имају уређене механизме којима суд спроводи привремену меру стране арбитраже (нпр. Аустрија, Немачка).³³ Суд треба да призна изречену привремену меру од стране арбитра, али је може и преиначити ако нађе да би то било нужно ради њеног успе-

31 Art. 17 *sexies* ML (rev. 2006).

32 В. чл. 37. ст. 4. Правилника.

33 В. чл. 593(3-6) аустријског ZPO (Zivilprozessordnung – Закон о парничном поступку); пар. 1041. DZPO (deutsche Zivilprozessordnung – немачки Закон о парничном поступку).

шног извршења, а своје решење о извршењу може на захтев странке изменити или укинути.

У складу са новелираним Модел арбитражним правилима УНЦИ-ТРАЛ-а суд у земљи извршења треба да призна и изврши привремене мере арбитраже, без обзира да ли је реч о домаћој или страниј арбитражи, осим ако постоји неки од таксативно набројаних разлога да се такво признање и извршење одбије. Слично признању и извршењу стране арбитражне одлуке о неким условима суд признања води рачуна по службеној дужности, а о већини по приговору, односно на захтев странке. Сходно томе, суд би требао да одбије признање, односно извршење привремене мере на захтев странке уколико арбитражни уговор није био ваљан или је искључивао могућност арбитра да одреди привремену меру; уколико странка није била способна; уколико је странци повређено право на одбрану; ако се привремена мера односи на спор који није предвиђен арбитражним уговором; који није обухваћен његовим одредбама или садржи одлуке о предметима које прекорачују границе овлашћења арбитра; уколико састав или поступак арбитраже нису били у складу са споразумом странака или меродавним правом места арбитраже. На иницијативу странке, треба ускратити извршење привремене мере ако предлагач није положио, у складу са одлуком арбитраже, одговарајуће осигурање или ако је привремена мера укинута или суспендована од стране арбитраже или од стране суда.

По службеној дужности, државни суд може одбити признање и извршење арбитражне одлуке о привременој мери када је она у нескладу са овлашћењима која има суд, осим ако одлучи да преобликује меру тако да је у складу са надлежношћу суда. То може учинити и сам суд, али тако да не задире у суштину изречене привремене мере. Поред тога, суд може по службеној дужности ускратити признање и извршење привремене мере због неарбитрабилности предмета арбитражног спора и супротности јавном поретку.

Нови однос према признању и извршењу арбитражних привремених мера почива на чињеници да су странке повериле споразумно решавање спора арбитражном суду, па би такав избор странака требало поштовати у свим аспектима спровођења поступака. Прихватање оваквог приступа на глобалном нивоу имало је утицај на нова решења МЗ према ревизији из 2006. У делу IV (признање и извршење арбитражних привремених мера, чл. 17) доследно је прихваћен паралелизам између признања и извршења коначних одлука и признања и извршења арбитражних при-

времених мера. У Модел- закону ово правило је изражено и номотетички, формулисањем одредби и упућивањем на сметње признању и извршењу одлуке из чл. 36 МЗ.

VI Закључак

У појединим случајевима, коначна одлука арбитражног трибунала неће дати адекватну сатисфакцију оштећеној страни, нарочито уколико се супротна страна, у међувремену, понаша тако да онемогући извршење арбитражне одлуке. Могућност да арбитражни трибунал одреди привремене мере мора бити предвиђена одредбама меродавног процесног права које споразумом одређују странке, или у одсуству таквог избора, процесним одредбама државе у којој се налази седиште арбитраже. Међутим, сама могућност одређивања привремене мере не значи и заштиту оштећене стране, с обзиром да материјалноправни ефекти привремених мера, у крајњој линији зависе од става националних норми државе у којој привремену меру треба извршити.

Анализа одредаба упоредног и међународног права по питању привремених мера у арбитражном поступку, јасно указује на недостатке домаћих правила у овој материји. Наиме, наш ЗА није усклађен са одредбама МЗ-а ревидираним 2006. године, па стога не садржи део посвећен привременим мерама. Иако пледирамо за уско тумачење одредаба о привременим мерама, и не сматрамо да оне представљају *imperium* за арбитра *vis-a-vis* странкама, сматрамо да би постојање овакве одредбе пружило арбитрама јасне одреднице у правцу могућности за одређивање привремених мера, што би свакако допринело бољем поштовању начела правне сигурности у правном систему Републике Србије. Ако томе додамо и схватање да је прави смисао привремене мере обезбеђење и заштита права, кроз стварање услова за њихово ефективно остварење након завршетка судског или арбитражног поступка, јасно је и да начело правичности налаже потребу за регулисањем овог правног инструмента.

Marija KRVAVAC, PhD

Professor at Faculty of Law, Kosovska Mitrovica

Jelena BELOVIĆ, PhD

Assistant Professor at Faculty of Law, Kosovska Mitrovica

INTERIM MEASURES IN ARBITRATION PROCEEDINGS

Summary

Interim measures and security measures is the field where arbitration and court jurisdiction are interwoven, and that raises the question of potential resolving of competent jurisdiction in determining these measures. In this respect, some countries exclude the possibility of imposition of interim measures in arbitration proceedings, others explicitly recognize or accept the arbitors' authority to impose the interim measures, and the third group of national rules allow parties to authorize the arbitor, either by arbitration agreement or during the arbitration procedure. In countries where arbitration could impose the interim measures, the parties may approach the court in this respect. State courts are very suspicious in enforcement of interim measures imposed by an arbitration tribunal, especially when there are not many connecting elements with a country that needs to bring a decision on interim or execution measures. The jurisdiction in determining the interim measures, both in relation to the measures before the initiation of arbitral proceeding, or those during the proceeding, belongs to the competent court.

Key words: *interim measures, arbitration, procedure, court, parties.*

Др Јелена ПЕРОВИЋ

редовни професор Економског факултета Универзитета у Београду

ЕФИКАСНОСТ АРБИТРАЖНОГ ПОСТУПКА

Резиме

Излагања у раду посвећена су анализи услова за обезбеђење ефикасности арбитражног поступка. У том смислу, учињен је осврт на сваки појединачни корак који је потребно предузети, а пре свега на закључење арбитражног уговора, поступак избора арбитра и конституисања арбитражног већа, као и успостављање процесног оквира који ће омогућити ефикасно, економично и правно сигурно одвијање арбитражног поступка. Анализа је учињена у светлу владајућих тенденција у савременом арбитражном праву, при чему је посебна пажња посвећена одговарајућим правилима и пракси најпознатијих међународних арбитражних институција, у настојању да читаоцу сугерише оптимална решења у правцу постизања ефикасности у решавању арбитражних спорова.

Кључне речи: *арбитража, ефикасност, поступак, арбитрари, спор.*

І Увод

Обезбеђење услова за решавање арбитражног спора на ефикасан и правно сигуран начин од суштинског је значаја за стране у арбитражи.¹ То се може постићи пажљивим планирањем корака које треба предузети у случају настанка спора и развојем одговарајуће стратегије у том правцу. Стратегију обезбеђења ефикасности у арбитражном спору потребно је утврдити благовремено, а то значи *пре* настанка спора, с обзиром да за планирање у том погледу може бити касно онда кад је до спора већ дошло. Први корак стратегије, који је истовремено и неопходан услов кон-

1 Питања која се у овом раду анализирају ауторка је претходно објавила на енглеском језику и у нешто измењеном облику, прилагођеном потребама економиста, под називом *Strategy for Providing Efficiency in Resolution of Business Disputes*, Економика предузећа, Новембар-Децембар 2016, 457-468.

ституисања надлежности арбитраже, представља постојање пуноважног и правилно формулисаног арбитражног уговора. По настанку спора, одговарајући поступак избора арбитра и конституисања арбитражног трибунала може у значајној мери допринети брзини и ефикасности арбитражног поступка. Након конституисања арбитражног трибунала, од посебног значаја је успостављање одговарајућег процесног оквира који ће обезбедити услове за ефикасно, економично и правно сигурно одвијање арбитражног поступка. У том погледу, у арбитражној пракси постало је уобичајено сачињавање „процесног споразума“ (*terms of reference*), организација „конфернције о управљању поступком“ (*case management conference*), као и израда „процесног распореда“ (*procedural timetable*) који, између осталог, укључује и рок у коме се може очекивати доношење арбитражне одлуке. У раду је учињен сумаран осврт на свако од ових питања.

II Уговор о арбитражи и конституисање арбитражног трибунала у контексту ефикасности арбитражног поступка

Пуноважан уговор о арбитражи, ако је формулисан правилно и прецизно, у великој мери доприноси ефикасности арбитражног поступка с обзиром да се тим путем избегавају бројна спорна питања која се могу поставити у контексту надлежности арбитраже и арбитражног поступка уопште.²

У том смислу, потребно је да стране у арбитражном уговору: 1) јасно изразе сагласну вољу да спор буде коначно пресуђен од стране арбитраже. Воља за заснивањем надлежности арбитраже треба да буде формулисана недвосмислено, тако да не оставља места сумњи у погледу намере страна да спорни однос повере арбитражи на мериторно одлучивање и да арбитражну одлуку прихвате као коначну и обавезујућу; 2) означе сталну арбитражну институцију за коју су се определиле и њена арбитражна правила, а ако су се определиле за *ad hoc* арбитражу, да прецизно изразе намеру да спор повере *ad hoc* арбитражи и 3) пажљиво идентификују спорове које желе да подвргну арбитражи,³ с обзиром да арбитража

2 О уговору о арбитражи, Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 2002; Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд, 2012, 187-229.

3 У арбитражним клаузулама често се користе уопштене формулације да је арбитража надлежна „за све спорове које проистекну из овог уговора или у вези са њим“. Разликовање спорова који „проистекну из уговора“ од спорова који „проистекну у вези са уговором“ чини се оправданом с обзиром да се тим путем прецизира да је арбитража надлежна како за питања

може одлучивати само у границама уговора о арбитражи. Одлучивање изван граница постављених уговором о арбитражи значи прекорачење овлашћења арбитра и представља разлог за поништај арбитражне одлуке и одбијање њеног признања и извршења.⁴ Поред наведених елемената, стране у арбитражном уговору могу предвидети и читав низ других питања од значаја за арбитражни поступак, као што су место арбитраже⁵ и језик арбитражног поступка,⁶ број арбитра и начин њиховог именовања, својства и квалификације арбитра, овлашћеника за именовање у *ad hoc* арбитражи, процесна правила која ће се примењивати у поступку, и сл.

У случају кад се стране одреде за одређену институционалну арбитражу, за заснивање арбитражне надлежности у начелу је довољно прецизно означавање њених арбитражних правила. Свака институционална арбитража има своја арбитражна правила и сматра се да су стране, уговарањем одређене институционалне арбитраже, прихватиле и правила те ар-

која проистекну непосредно из уговора тако и за остала питања која се могу јавити поводом уговора или у вези са њим. У циљу избегавања опструкције поступка по овом основу, арбитражне клаузуле се често формулишу врло детаљно, методом *exempli causa* енумерације спорова који улазе у надлежност арбитраже. В. Ј. Перовић, „Формулисање клаузуле о арбитражи у међународним привредним споровима“, *Правни живот*, бр. 11, том III, 2012, 199-211.

- 4 В. на пример члан V став 1 (с) Конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука из 1958. године (Њујоршка конвенција), члан 34. став 2 (iii) УНЦИТРАЛ Модел-закон и члан 66. став 1 тачка 3. српског Закона о арбитражи који предвиђа да се признање и извршење стране арбитражне одлуке може одбити ако се одлука односи на спор који није био обухваћен арбитражним споразумом или су одлуком прекорачене границе тог споразума.
- 5 Место арбитраже има вишеструки значај у споровима пред међународном трговинском арбитражом. Процесно право земље места арбитраже по правилу се примењује на арбитражни поступак супсидијарно, у одсуству избора процесног права од стране странака (кад је реч о институционалној арбитражи, ово право се примењује на питања која нису предвиђена арбитражним правилима, ако стране нису предвиделе друго процесно право). Место арбитраже је од посебног значаја за контролу арбитражне одлуке, као и за одређење припадности арбитражне одлуке и питање њеног признања и извршења. Поред тога, место арбитраже значајно је и са аспекта ефикасности и економичности арбитражног поступка. Значај места арбитраже упућује на закључак да је потребно да уговорне стране ово место предвиде арбитражним уговором. Више: Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, 193-195.
- 6 Језик арбитраже може бити од значајног утицаја на ефикасност и трошкове арбитражног поступка, избор арбитра, избор адвоката страна у спору, као и одлуку арбитра о прихватању именовања, а може се покренути и након доношења арбитражне одлуке, у евентуалном поступку за поништај арбитражне одлуке, као и у поступку њеног признања и извршења. Више о језику арбитраже: Т. Varady, *Language and translation in International Commercial Arbitration From the Constitution of the Arbitral Tribunal through Recognition and Enforcement Proceedings*, Т.М.С. Asser Press The Hague, 2006; Ј. Перовић, „Језик арбитражног поступка у међународној трговинској арбитражи“, *Liber amicorum Гашио Кнежевић*, Београд, 2016, 274-290.

битраже која се примењују на арбитражни поступак.⁷ За разлику од институционалних арбитража, *ad hoc* арбитраже немају своја правила поступка, као ни сталну организациону структуру, просторије, администрацију и листу арбитрара. Из тих разлога, ако се стране одлуче за ову врсту арбитраже, потребно је да у арбитражном уговору предвиде сва питања релевантна за конституисање надлежности арбитраже и вођење арбитражног поступка. Потпуна клаузула о *ad hoc* арбитражи треба да одреди правила поступка (најчешће UNCITRAL Арбитражна правила), број арбитрара и начин њиховог именовања, место арбитраже, језик арбитражног поступка, као и овлашћеника за именовање. При томе, за само конституисање надлежности арбитраже, није неопходно да арбитражни уговор садржи све наведене елементе, већ само оне који недвосмислено указују на намеру страна да спор повере *ad hoc* арбитражи. Ипак, без обзира да ли је реч о институционалној или *ad hoc* арбитражи, прецизно дефинисање свих поменутих питања значајно је са аспекта *ефикасности* арбитражног поступка, с обзиром да се њиховим благовременим предвиђањем и прецизним уређењем, по правилу, избегавају ризици различитих тумачења који нужно воде пролонгирању поступка и повећању трошкова.

Конституисање арбитражног трибунала спада у ред оних питања у којима начело аутономије воље долази до пуног изражаја, овлашћујући стране да избор арбитрара и поступак њиховог именовања прилагоде околностима спора и својим потребама у сваком конкретном случају. У том погледу, стране у спору треба да имају у виду да одговарајући поступак избора арбитрара и конституисања арбитражног трибунала може у значајној мери допринети брзини и ефикасности арбитражног поступка. Тако, на пример, кад је реч о избору арбитрара према Арбитражним правилима Међународног арбитражног суда Међународне трговинске коморе (у даљим излагањима: Правила ICC), странама се препоручује да се определе за искусне арбитраре са довољно расположивог времена и способношћу ефикасног управљања поступком, који ће арбитражну одлуку донети у одговарајућем року.⁸ Основна питања која се постављају у контексту конституисања арбитражног трибунала односе се на број арбита-

7 Тако, на пример, Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961. године у члану IV-1а изричито предвиђа: „Стране у арбитражном споразуму су слободне да предвиде да њихови спорови буду подвргнути некој сталној арбитражној институцији; у том случају арбитража се одвија сагласно правилима институције која је одређена“.

8 B. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration, *Controlling Time and Costs in Arbitration*, ICC International Chamber of Commerce, Paris, 2012.

ра, начин њиховог именованја, квалификације арбитра, као и на овлашћеника за именованје у *ad hoc* арбитражи.⁹ У том погледу, у арбитражном праву широко је прихваћено да споразум страна ужива приоритет у односу на остале изворе права који се примењују на арбитражни поступак.¹⁰ Овај поступак стране често одређују унапред, у оквиру арбитражне клаузуле; ако то не учине у оквиру арбитражне клаузуле, стране су слободне да поступак именованја арбитра одреде накнадно, по настанку спора. Само у случају кад се стане нису споразумеле о поступку именованја арбитра, то питање решава арбитражна институција пред којом се води спор односно одговарајуће лице у *ad hoc* арбитражи.¹¹

III Ефикасно управљање поступком

Основна начела арбитражног поступка налажу обавезу арбитражног трибунала да води поступак на правичан и ефикасан начин, увек водећи рачуна о једнаком третману странака и о томе да свакој страни буде пружена могућност да изнесе своје ставове.¹² У истом смислу, од арбитра и од страна у спору очекује се да арбитражним поступком управљају на ефикасан и економичан начин, узимајући у обзир сложеност спора у питању, као и његову вредност.¹³

У међународној арбитражној пракси изражени су одређени захтеви и препоруке у погледу дужности арбитра и страна у спору да контролишу време и трошкове арбитражног поступка. Тако на пример, Правила ИСС предвиђају три корака у организацији арбитражног поступка: сачињавање „процесног споразума“/„мапе поступка“ (*terms of reference*)¹⁴,

9 Детаљно, Ј. Перовић, „Конституисање арбитражног већа у међународној трговинској арбитражи“, *Правни живот* бр. 11, 2016, 223-233.

10 В. на пример члан 11.2. УНЦИТРАЛ Модел закона. Детаљан компаративно-правни преглед решења, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, 453 и даље.

11 Тако на пример, у споровима пред Арбитражним судом ИСС, у периоду од 2007. до 2011. године, поступак именованја арбитра у арбитражно веће био је предвиђен арбитражном клаузулом у 1.283 предмета (82% случаја), док су тај поступак стране одредиле накнадно у 318 предмета (39% случајева). С друге стране, поступак именованја арбитра био је одређен од стране Арбитражног суда у 90 предмета (20% случајева). Нав. према J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, 139.

12 О начелима арбитражног поступка, Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2010, 110-112.

13 В. на пример члан 22.1 Правила ИСС.

14 Члан 23.

организацију „конференције о управљању поступком“ (*case management conference*)¹⁵ и израду „процесног распореда“ (*procedural timetable*).¹⁶

У најопштијем смислу, *terms of reference* се може одредити као документ који сачињавају и потписују арбитри и стране у спору у циљу утврђења захтева страна, идентификације питања које је потребно решити и одређења основних процесних правила која ће се применити на спор у питању. Израда *terms of reference* изричито је предвиђена као обавеза арбитражног трибунала само у Правилима ИСС.¹⁷ Ипак, у пракси институционалних и *ad hoc* арбитража европско-континенталне правне традиције широко је прихваћено да арбитри, у сарадњи са странама у спору, на самом почетку арбитражног поступка сачињавају *terms of reference* на основу поднесених докумената и навода страна у спору.¹⁸ У том погледу, у коментару Правила ИСС наводи се да, путем сумирања суштинне спора и утврђења правила арбитражног поступка, *terms of reference* представља значајан „путоказ“ за арбитре и стране у спору, који доприноси ефикасности поступка.¹⁹

Орањивање *case management conference* може се показати корисним како за ефикасно вођење арбитражног поступка, тако и у погледу могућности да се поступак креира „по мери“ страна у сваком конкретном случају. Иако већина правила институционалних арбитража (са изузетком Правила ИСС), не предвиђа обавезно одржавање ове „конференције“, она се у арбитражној пракси често организује и то на самом почетку арбитражног поступка, као иницијални корак, најчешће током припреме *terms of reference* или одмах по њиховој изради.²⁰ У циљу ефикасности поступка и уштеде трошкова, *case management conference* најчешће се одржава путем телефона или коришћењем других средстава која омогућавају непосредну комуникацију између арбитра и страна у спору. Основна предност одржавања ове врсте конференције огледа се у томе што она пружа арбитрама могућност да се, на самом почетку поступка, консултују са странама у погледу процесних мера које ће бити усвојене и уопште процесних питања релевантих за конкретан арбитражни спор.²¹

15 Члан 24.1.

16 Члан 24.2.

17 Члан 23. О овом документу према Правилима ИСС, J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, 239-260.

18 Детаљно о *terms of reference*, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 665-674.

19 J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, 240.

20 В. члан 24.1.

21 Детаљно о овој конференцији према Правилима ИСС, J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, 260 и даље.

У том погледу, кад је реч о поступцима који се воде према Правилима ICC, усвојена је листа „техника управљања поступком“ (*case management techniques*) које арбитри могу усвојити и применити након одговарајућих конултација са странама у спору. У најзначајније од њих улазе: бифуркација поступка или доношење једне или више делимичних одлука о кључним питањима; утврђење питања која могу бити решена на основу споразума страна или њихових експерата; утврђење питања која могу бити решена на основу самих поднесених докумената; правила која се односе на подношење доказа; ограничење дужине и обима писмених поднесака и писмених и усмених изјава сведока у циљу избегавања непотребног понављања и потребе фокусирања на кључна питања; коришћење телефонске или видео технике за расправљање процесних и других питања онда кад лично присуство није неопходно, као и коришћење електронске комуникације, и сл.²²

У арбитражној пракси постало је уобичајено да арбитри, у почетној фази арбитражног поступка, након консултација са странама, сачињавају *procedural timetable* који достављају странама, као и секретаријату арбитраже у институционалним арбитражама. Припрема *procedural timetable* је предвиђена као обавеза у већем броју модерних арбитражних правила.²³ Основна сврха израде „процесног распореда“ огледа се у одређењу рокова у поступку, чиме се избегава одуговлачење и успоравање поступка и обезбеђује извесност у погледу времена његовог трајања. Најчешће, „процесним распоредом“ се одређује свака појединачна фаза поступка, укључујући датуме и време одржавања расправа, рокови за подношење писмених поднесака, доказа и изјава сведока, као и рокови за доношење коначне арбитражне одлуке.²⁴

Кад је реч о даљем току поступка, за стране у спору значајно је да имају у виду питања у погледу којих се може унапредити ефикасност арбитражног поступка. Нека од најзначајнијих односе се на утврђење релевантних чињеница случаја у раној фази поступка, организацију усмене расправе (у савременој арбитражној пракси, усмена расправа се, кад је то

22 Appendix IV to the ICC Rules of Arbitration. Appendix IV базиран је на Report of the ICC Commission on Arbitration *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* (доступно на: www.iccwbo.org).

23 На пример Правила ICC, члан 24.2, УНЦИТРАЛ Арбитражна правила, члан 17.2, Правила Београдског арбитражног центра, члан.29.4, Швајцарска Правила, члан 15.3, Стокхолм Правила, члан 23, итд.

24 Детаљно, J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, 265-266.

могуће и кад одговара околностима случаја, често одржава путем видео конференција и других средстава комуникације која омогућавају непосредну комуникацију учесника арбитражног поступка без њиховог физичког присуства) и алокацију трошкова поступка.²⁵

У арбитражној пракси некад се дешава да стране, путем преобимне документације, прешироких правних образложења, непотребно дугих саслушања сведока, применом различитих дилаторних тактика или непоштовањем налога арбитражног трибунала, успоравају поступак и повећавају трошкове. Из тих разлога, арбитрама се препоручује се да већ у почетној фази арбитражног поступка обавесте стране о томе да ће узети у обзир начин на који је свака од њих поступала током арбитражног поступка и свако неразумно поступање санкционисати приликом одлучивања о трошковима.²⁶

Поред тога, потребно је имати у виду да и сами арбитраи који не поштују обавезу вођења поступка на ефикасан и економичан начин могу бити санкционисани. Тако на пример Правила ИСС предвиђају да ће арбитар бити замењен на иницијативу Суда између осталог и онда кад не обавља своју функцију у складу са Правилима ИСС или у оквиру предвиђених рокова.²⁷ С друге стране, те санкције могу бити и финансијске природе с обзиром да се ефикасност арбитра у вођењу арбитражног поступка може узети у обзир приликом утврђења накнаде за арбитра.²⁸

IV Закључак

Поглед на основна питања која се у арбитражи постављају у циљу обезбеђења ефикасности арбитражног поступка даје места закључку да стране у спору треба да поступају са посебном пажњом приликом одлучивања о сваком од њих. Закључење пуноважног и правилно формулисаног арбитражног уговора, ефикасан поступак избора арбитра и конституисања арбитражног трибунала који је прилагођен околностима спора и потребама страна у сваком конкретном случају, као и успостављање одговарајућег процесног оквира, показују се као кључни услови за ефикасно, економично и правно сигурно одвијање арбитражног поступка.

25 Детаљан списак ових питања објављен је у Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration, *Controlling Time and Costs in Arbitration*.

26 *Ibidem*, 15.

27 Члан 15.2.

28 В. на пример Appendix III to the ICC Rules on Arbitration Costs and Fees, члан 2.2.

Стратегија обезбеђења ефикасности арбитражног поступка треба да буде осмишљена благовремено, већ приликом закључења уговора, а не онда кад до спора дође. Најзад, потреба брзине и ефикасности арбитражног поступка не сме се наметнути као приоритет у односу на основна начела арбитражног поступка, а пре свега у односу на императив правне сигурности.

Jelena PEROVIĆ, PhD

Professor at Faculty of Economics University of Belgrade

EFFICIENCY IN ARBITRATION PROCEEDINGS

Summary

The paper presents an overview of the conditions for providing efficiency in arbitration proceedings. The author provides readers with drafting considerations for arbitration agreement, analyses the procedure of selection and appointment of arbitrators and suggests the tools and techniques for effective case management. The analysis is made in light of contemporary arbitration trends with special emphasis on the appropriate rules and best practices of the world's major arbitration institutions, endeavouring to acquaint readers with the best solutions for achieving efficiency in arbitration proceedings.

Key words: arbitration, efficiency, proceedings, arbitrators, dispute.

Др Никола БОДИРОГА

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

О ФОРМАЛИСТИЧКОЈ ПРИМЕНИ ГРАЂАНСКОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА

Резиме

У научној литератури се грађанско процесно право често означава као формално, насупрот материјалном праву као суштинском. Када је реч о значају форме у грађанском процесном праву, дискусије се углавном односе на форму предузимања процесних радњи и на утицај непоштовања прописане форме на пуноважност предузетих радњи. Без обзира на ставове према којима форма не може бити сама себи сврха, о њеном значају говоре битне повреде одредаба парничног поступка које представљају санкције за непредузимање процесних радњи у прописаној форми. Дефинисање грађанског процесног права као формалног права нужно производи последице и на начин примене процесних норми. Ово питање није добило заслужену пажњу у научној и стручној јавности, а у судској пракси се и не види као проблем, већ се у одлукама редовних судова инсистира на рестриктивној примени процесних норми, при чему се језичко тумачење види као најважнији и често једини метод њиховог тумачења. Увођењем контроле судских одлука у поступку по уставној жалби пред Уставним судом и у поступку пред Европским судом за људска права створена је могућност да се контролише начин на који редовни судови примењују правила грађанског процесног права. У поступку те контроле, Уставни суд и Европски суд за људска права су донели неколико одлука у којима су утврдили да је од стране редовних судова повређено право на правично суђење због претераног формализма у примени процесних норми. У тим одлукама дате су и смернице у погледу начина на који процесне норме треба примењивати.

Кључне речи: *Грађанско процесно право, примена, формализам, Уставни суд, Европски суд за људска права.*

I Грађанско процесно право као формално право

Постоји неколико важних разлога због којих се грађанско процесно право одређује као формално право. На првом месту се то чини да би се подвукла разлика у односу на материјално право. Означавањем грађанског процесног права као формалног и материјалног права као суштинског, доста тога је речено и о њиховом међусобном односу. Форма није и не може бити сама себи циљ, већ представља предуслов и инструмент за остваривање материјалног права у случају његовог нарушавања.¹ Други разлог јесте место и значај форме у грађанском процесном праву. Процесне радње суда и странака морају бити предузете у законом прописаној форми.

Када је реч о парничним радњама странака Закон о парничном поступку² у својим општим одредбама садржи правило о паралелизму форми у којима те радње могу бити предузете. Странке предузимају парничне радње у писаном облику изван рочишта, а усмено на рочишту ако за поједине радње није законом прописан облик у коме морају бити предузете (члан 14. ЗПП).

За поједине парничне радње ЗПП прописује обавезну форму поднеска. Тужба, противтужба, одговор на тужбу и правни лекови подносе се у писаном облику (поднесци). Поднесци морају да буду разумљиви, да садрже све оно што је потребно да би по њима могло да се поступи, а нарочито: означање суда, име и презиме, пословно име привредног друштва или дугог субјекта, пребивалиште или боравиште, односно седиште странака, њихових законских заступника и пуномоћника ако их имају, предмет спора, садржину изјаве и потпис подносиоца (члан 98, став 3. ЗПП). Ако је поднесак неразумљив или непотпун (члан 98, став 3), суд ће странци која нема пуномоћника да врати поднесак ради исправке, осим ако законом није другачије прописано (члан 101, став 1. ЗПП). Ако суд врати поднесак странци ради исправке или допуне, одредиће рок од осам дана за поновно подношење поднеска (члан 101, став 2. ЗПП). Ако поднесак буде исправљен, односно допуњен и поднет суду у року одређеном за допуну или исправку, сматраће се да је поднет суду оног дана кад је први пут био поднет (члан 101, став 3. ЗПП). Сматраће се да је поднесак повучен ако не буде враћен суду у одређеном року, а ако буде враћен без ис-

1 Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2015, 50; Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2016, 52–53; Михајло Дика, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 2004, 32.

2 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

правке, односно допуне, одбациће се (члан 101, став 4. ЗПП). Ако је поднесак, који је у име странке поднео пуномоћник, односно јавни правобранилац или јавни тужилац неразумљив или непотпун, суд ће да га одбаци (члан 101, став 5. ЗПП).

Од парничних радњи суда треба посебно издвојити достављање, јер је законито и правилно вршење ове парничних радње од непосредног утицаја на остваривање права странака. Битна повреда одредаба парничног поступка увек постоји ако је незаконитим поступањем, а нарочито пропуштањем достављања странци ускраћена могућност да расправља пред судом (члан 374, став 2, тачка 7. ЗПП). На ту битну повреду парничног поступка другостепени суд пази по службеној дужности (члан 386, став 3. ЗПП).

Судске одлуке морају имати законом прописану садржину. Писано израђена пресуда мора да садржи увод, изреку и образложење (члан 355, став 1. ЗПП). Увод пресуде садржи: назначење да се пресуда изриче у име народа, назив суда, име и презиме председника и чланова већа, односно судије појединца, име и презиме, пребивалиште или боравиште, односно седиште странака, њихових заступника и пуномоћника, вредност предмета спора, кратко означење предмета спора, дан закључења главне расправе, дан кад је пресуда донета и дан када је пресуда објављена (члан 355, став 2. ЗПП). Изрека пресуде садржи одлуку суда о усвајању или одбијању захтева који се тичу главне ствари и споредних тражења и одлуку о постојању или непостојању потраживања истакнутог ради пребијања (члан 359, став 3). У образложењу суд ће да изложи: захтеве странака и њихове наводе о чињеницама на којима се ти захтеви заснивају, доказе, чињенично стање које је утврдио, као и прописе на којима је суд засновао пресуду, ако законом није другачије прописано (члан 355, став 4. ЗПП). У образложењу пресуде због пропуштања, пресуде на основу признања, пресуде на основу одрицања, пресуде због изостанка и пресуде донете на основу члана 291, став 2. овог закона изнеће се само разлози који оправдавају доношење оваквих пресуда (члан 355, став 5. ЗПП). Пресуда не садржи образложење ако су се странке одрекле права на правни лек, ако посебним законом није другачије прописано (члан 355, став 6. ЗПП).

Непоштовање законских одредби којима се уређује садржина пресуде је санкционисано постојањем посебне апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка. Битна повреда одредаба парничног поступка увек постоји ако пресуда има недостатака због којих се не може испитати, а нарочито ако је изрека пресуде неразумљива, ако противречи сама себи или разлозима пресуде, или ако пресуда нема уопште разлога или у њој нису наве-

дени разлози о битним чињеницама или су ти разлози нејасни или противречни или ако о битним чињеницама постоји противречност између онога што се у разлозима пресуде наводи о садржини исправа, записника о исказима датим у поступку и самих тих исправа или записника или изведеним доказима (члан 374, став 2, тачка 12. ЗПП). На ову битну повреду парничног поступка другостепени суд не пази по службеној дужности.

Цитиране законске одредбе којима се уређује форма за предузимање појединих парничних радњи странака и суда, као и законске одредбе којима се прописују санкције за непоштовање прописане форме не дају повода за јасан закључак у погледу значаја форме у нашем парничном поступку. Непотпун или неразумљив поднесак који је у име странке поднео њен пуномоћник се одмах одбацује, независно од тога да ли је реч о пуномоћнику адвокату или пуномоћнику који је, на пример, крвни сродник странке и који нема ни елементарно правничко образовање. С друге стране, када судска одлука има недостатке због којих се не може испитати, када је изрека пресуде неразуљива или противречна образложењу, на такав недостатак другостепени суд ће обратити пажњу само када се странка у жалби на њега позове.

Место и значај форме у важећем ЗПП-у може бити предмет критичког испитивања, али оно што нас овде занима јесте примена одредаба ЗПП-а и норми грађанског процесног права уопште, од стране редовних судова. У даљем тексту ћемо приказати поједине судске одлуке које су донете стриктном применом процесних закона, а за које су Уставни суд и Европски суд за људска права (даље: ЕСЉП) утврдили да представљају претерани формализам у примени процесних норми. Не само да су Уставни суд и ЕСЉП утврдили да је примена процесних норми од стране редовних судова у тим случајевима била претерано формалистичка, већ је, према закључку Уставног суда, односно ЕСЉП, таква примена процесног права резултирала у повреди права странака на правично суђење.

II Формалистичка примена процесног права – ставови Уставног суда

1. Право избора начина спровођења извршења

Једна од значајнијих одлука³ у којој је Уставни суд утврдио да је редовни суд формалистички применио процесне норме и тиме лишио

3 Одлука Уставног суда Уж – 1280/2014 од 12. маја 2016. године, *Службени гласник РС*, бр. 54/2016 од 10. јуна 2016. године.

странку права на правично суђење односила се на примену Закона о извршењу и обезбеђењу из 2011. године.⁴ У том предмету извршни поверилац је 2011. године поднео предлог за извршење ради намирења новчаног потраживања Привредном суду у Београду. Предлог је усвојен и донето је решење о извршењу. Након две године, извршни поверилац је услед неспровођења извршења, затражио да извршење спроведе извршитељ, што није могао приликом подношења предлога за извршење, јер су први извршитељи почели са радом 1. јуна 2012. године. Привредни суд у Београду је одлучујући о захтеву извршног повериоца решењем обуставио извршење, позивајући се на одредбе ЗИО 2011, према којима суд и извршитељ не могу спроводити извршење на основу истог решења о извршењу (члан 4, став 3. ЗИО 2011) и да према тумачењу извршног суда ЗИО 2011 није предвидео могућност преласка са спровођења извршења путем суда на спровођење извршења путем извршитеља (члан 76, став 2. ЗИО 2011). Против решења о обустави извршног поступка извршни поверилац је изјавио приговор у којем је навео да је неспорно да суд и извршитељ не могу истовремено спроводити исто решење о извршењу, али да како одлуку о томе доноси суд, суд није требало да донесе решење о обустави поступка, већ само да донесе одлуку да спровођење извршења настави извршитељ. Веће Привредног суда у Београду се у својој одлуци најпре позвало на одредбу члана 4, став 3. ЗИО 2011, којом је прописано да суд и извршитељ не могу истовремено спроводити извршење на основу истог решења о извршењу и на одредбу члана 76, став 2. ЗИО 2011 којом је прописано да ако је поступак извршења започет код извршитеља, поступак извршења пред извршитељем ће се обуставити, ако извршни поверилац промени избор о начину спровођења извршења тако што предложи да извршење спроведе суд. Имајући у виду цитиране законске одредбе, веће троје судија Привредног суда у Београду је закључило како ЗИО 2011 не предвиђа могућност да извршни поверилац промени начин спровођења извршења тако што би уместо суда спровођење извршења наставио извршитељ, па је одбило приговор извршног повериоца као неоснован. Веће је ценило да је изјава извршног повериоца о промени начина спровођења извршења, односно о преласку са судског спровођења извршења на спровођење извршења путем извршитеља, заправо изјава којом је извршни поверилац одустао од извршења.

4 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО 2011, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 - др. закон, 109/2013 – одлука УС и 55/2014.

Услед немогућности коришћења других правних средстава, извршни поверилац је поднео уставну жалбу Уставном суду. Уставни суд је из садржине уставне жалбе закључио како се подносилац жали на погрешну примену процесног права, па иако се он није изричито позвао на повреду права из члана 32, став 1. Устава, Уставни суд је одлучио да испита основаност навода подносиоца који се могу довести у везу са гаранцијама које произилазе из права на правично суђење. У поступку испитивања основаности навода из уставне жалбе Уставни суд се посебно осврнуо на члан 76, став 2. ЗИО 2011. Тај члан је гласио: „Ако је поступак извршења започет код извршитеља, поступак извршења пред извршитељем ће се обуставити, ако извршни поверилац промени избор о начину спровођења извршења тако што предложи да извршење спроведе суд“. Уставни суд наводи како је Привредни суд у Београду ослањајући се на стриктно језичко тумачење цитиране одредбе закључио како није дозвољен прелазак са судског спровођења извршења на спровођење извршења путем извршитеља. Такво тумачење Привредног суда у Београду Уставни суд је прогласио „правно неутемељеним“. Према схватању Уставног суда, изјава извршног повериоца да жели да извршење чије је спровођење започето пред судом настави извршитељ никако не може бити разлог за обуставу извршног поступка (члан 76, став 1, тачка 7. ЗИО у вези са чланом 76, став 2. ЗИО 2011). Таква изјава извршног повериоца никако не представља изјаву о одустанку од извршења како је то протумачио Привредни суд у Београду, већ само захтев за променом начина спровођења извршења, па уколико је Привредни суд у Београду сматрао да таква промена није дозвољена, онда је, према ставу Уставног суда, требало такав предлог извршног повериоца да одбије као неоснован и да настави извршење. Уставни суд даље налази да одредбом члана 76, став 2. ЗИО 2011 није нормирано право извршног повериоца да промени начин спровођења извршења, него само посебан случај обуставе извршног поступка. Уставни суд даље наводи да ниједна одредба извршног процесног права не искључује право извршног повериоца да предложи, да уместо суда спровођење извршења настави извршитељ. До таквог закључка Уставни суд долази логичким тумачењем једног од основаних циљева извршног поступка, а то је што брже и ефикасније принудно намирење извршног повериоца. Не може се искључити право на промену начина спровођења извршења преласком са судског спровођења извршења на спровођење извршења путем извршитеља, констатује Уставни суд, и наводи како је тај став нашао своју потврду у одлукама многих извршних судова. Све друго

би обесмислило увођење института приватног извршитеља у правни систем Србије.

У образложењу своје одлуке, Уставни суд се позвао на ставове ЕСЉП (*Eşim* против Турске, пресуда ЕСЉП од 17. септембра 2013. године), који се односе на начин примене процесних правила. Судови су у обавези да примене правила поступка, избегавајући и претерани формализам који би угрозио правичност поступка и претерану флексибилност која би учинила безвредним процесне захтеве предвиђене процесним законима. Примењено на конкретан случај, обустављање извршења и укидање свих спроведених радњи због тога што је извршни поверилац обавестио извршни суд да жели да спровођење извршења настави извршитељ, зато што чланом 76, став 2. ЗИО није експлицитно предвиђена могућност преласка са судског спровођења извршења на спровођење извршења путем извршитеља, не би представљало претерану флексибилност у примени процесних правила. Међутим, Уставни суд оцењује да обустављање извршног поступка, због тога што извршни поверилац жели да уместо суда спровођење извршења настави извршитељ, представља претерани формализам у поступању извршног суда (заправо произвољну процесну санкцију према извршном повериоцу), услед чега је повређено право на правично суђење у конкретном извршном поступку.

2. Вредност предмета спора и дозвољеност ревизије

Поступајући по уставној жалби поднетој против решења Врховног касационог суда којим је ревизија подносиоца одбачена као недопуштена, Уставни суд је указао на начин тумачења одредаба ЗПП-а којима се уређује утицај вредности предмета спора на дозвољеност ревизије.⁵ У уставној жалби подносиоца се наводи како је решењем Врховног касационог суда којим је његова ревизија одбачена као недопуштена, повређено право на правично суђење.

Подносилац је у уставној жалби, између осталог, навео: да означена вредност предмета спора у предметној парници омогућава изјављивање ревизије; да према одредби члана 23, став 1, тачка 7. Закона о уређењу судова, Виши суд суди у првом степену у грађанскоправним стварима када вредност предмета спора омогућава изјављивање ревизије; да је тужилац у току поступка несумњиво определио вредност предмета спора, тако

5 Одлука Уставног суда Уж – 3760/2013 од 7. јула 2016. године, доступна на адреси: - <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 10. април 2017. године.

да ревизија буде доступна, али да ревизијски суд полази од вредности предмета спора која је опредељена 2008. године; да у конкретном случају, приликом подношења тужбе 2003. године вредност предмета спора није била опредељена, а да је након ступања на снагу Закона о парничном поступку из 2004. године, тужилац по налогу суда определио вредност предмета спора на износ од 510.000,00 динара; да је ступањем на снагу измена и допуна Закона о парничном поступку из 2009. године, тужилац определио вредност предмета спора на 11.000.000,00 динара, те да је такво означавање вредности имало за последицу уступање предмета Вишем суду у Београду као стварно надлежном суду; да и поред свега наведеног, Врховни касациони суд у оспореном решењу полази од вредности опредељене 2008. године на износ од 510.000,00 динара, потпуно игноришући накнадно неспорно опредељену вредност од 11.000.000,00 динара; да је у односу на оспорену другостепену пресуду погрешно примењено материјално право, и то одредбе Закона о основама својинскоправних односа и Закона о надзиђивању стамбених зграда и претварању заједничких просторија у станове; да је првостепени суд правилно утврдио да спорни уговор није апсолутно ништав, јер није супротан ни тада важећем Закону о изградњи објеката, нити Закону о одржавању стамбених зграда, као ни Закону о облигационим односима, а ни било ком императивном пропису и да је другостепени суд, на основу потпуно истих чињеница и доказа, изнео дијаметрално супротан став. Предложио је да Уставни суд усвоји уставну жалбу и поништи оспорене акте.

Уставни суд је, у спроведеном поступку, извршио увид у списе предмета Вишег суда у Београду П. 7987/10 и утврдио следеће чињенице и околности од значаја за одлучивање у овој уставносудској ствари:

„Држава СРЈ – Савезно министарство за одбрану - Војнограђевинска дирекција „Београд“ из Београда је 30. јануара 2003. године поднела Четвртом општинском суду у Београду тужбу против МД из 3, овде подносиоца уставне жалбе и Стамбене зграде у улици _____ број _____, у 3, ради утврђења ништавости уговора, без одређивања вредности предмета спора.

У записнику са рочишта за главну расправу, одржаног 7. априла 2008. године пред Четвртим општинском судом у Београду, констатовано је да је заступник тужиоца определио вредност предмета спора на 510.000,00 динара.

Такође је, увидом у записник са рочишта за главну расправу од 9. марта 2010. године пред Првим основним судом у Београду, констатова-

но да је заступник тужиоца определио вредност предмета спора на износ од 11.000.000,00 динара, те да је, ради тога, спис предмета достављен Вишем суду у Београду на даљу надлежност и поступање.

Пресудом Вишег суда у Београду П. 7987/10 од 9. децембра 2010. године је, у ставу првом изреке, одбијен као неоснован тужбени захтев тужиоца Републике Србије – Министарства одбране - Војнограђевински центар „Београд“ којим је тражено да се утврди да је ништав уговор о уређивању међусобних односа приликом претварања заједничких просторија у приземљу стамбене зграде у пословни простор, закључен између друготужене Скупштине зграде у улици _____ број _____ из 3 и првотуженог, овде подносиоца уставне жалбе, оверен код Четвртог општинског суда у Београду под бројем Ов. 6360/01 од 22. маја 2001. године. Ставом другим изреке пресуде је обавезан тужилац да првотуженом накнади трошкове поступка у износу од 350.000,00 динара, а друготуженој у износу од 411.250,00 динара. У уводу ове првостепене пресуде наведено је да је вредност предмета спора по тужби 11.000.000,00 динара.

Оспореном пресудом Апелационог суда у Београду Гж. 1366/11 од 26. септембра 2012. године преиначена је ожалбена пресуда Вишег суда у Београду П. 7987/10 од 9. децембра 2010. године, тако што је у целости усвојен тужбени захтев тужиоца и преиначено решење о трошковима поступка, те су обавезани тужени да тужиоцу накнаде трошкове парничног поступка у износу од 130.937,50 динара, а првотужени је обавезан да тужиоцу исплати још и износ од 391.937,50 динара. Из образложења наведене другостепене пресуде произлази да је жалбени суд приликом одлучивања о трошковима парничног поступка имао у виду Адвокатску тарифу важећу на дан доношења побијане пресуде, као и да је тужилац на рочишту од 9. марта 2010. године определио вредност предмета спора на 11.000.000,00 динара.

Оспореним решењем Врховног касационог суда Рев. 37/13 од 23. јануара 2013. године је одбачена, као недозвољена, ревизија првотуженог изјављена против пресуде Апелационог суда у Београду Гж. 1366/11 од 26. септембра 2012. године. Из образложења оспореног ревизијског решења произлази: да се ради о имовинско-правном спору ради утврђења ништавости уговора по тужби поднетој 30. јануара 2003. године, у којој тужилац није означио вредност предмета спора; да је на рочишту од 7. априла 2008. године тужилац први пут означио вредност предмета спора у износу од 510.000,00 динара; да је на рочишту од 9. марта 2010. године тужилац определио вредност предмета спора на износ од 11.000.000,00

динара; да према члану 394, став 2. Закона о парничном поступку, који је измењен чланом 38. Закона о изменама и допунама наведеног закона (*Службени гласник РС*, број 111/09), ревизија није дозвољена о имовинскоправним споровима кад се тужбени захтев односи на утврђење права својине на непокретностима, потраживање у новцу, предају ствари или извршење неке друге чинидбе, ако вредност предмета спора побијаног дела не прелази динарску противвредност 100.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе; да како вредност предмета спора од 510.000,00 динара очигледно не прелази динарску противвредност 100.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе, то ревизија туженог није дозвољена; да вредност предмета спора од 11.000.000,00 динара, опредељена на рочишту од 9. марта 2010. године, није узета у обзир приликом оцењивања дозвољености ревизије, с обзиром на то да ово означавање није у складу са чланом 34, став 2. и 3. Закона о парничном поступку, а из списка предмета се види да није било објективног преиначења тужбе.

Уставни суд је утврдио да је оспореним решењем Врховног касационог суда одбачена као недозвољена ревизија првотуженог, овде подносиоца уставне жалбе, са образложењем да вредност предмета спора (510.000,00 динара) не прелази законом прописан износ за изјављивање ревизије.

„Међутим, Уставни суд у овом предмету налази да из чињеница утврђених у поступку произлази да тужилац подношењем тужбе ради утврђења ништавости уговора није одредио вредност предмета спора, већ да је на рочишту за главну расправу, одржаном 7. априла 2008. године пред Четвртим општинском судом у Београду, определио вредност предмета спора на 510.000,00 динара, а да се тужени нису противили тако означеном износу.

Наиме, чланом 5. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку који је ступио на снагу 29. децембра 2009. године, даном објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије“, број 111/09, измењен је члан 32. Закона о парничном поступку, тако што је додат нови став (став 1), којим је прописано да се вредност предмета спора, у случајевима када се тужбеним захтевом тражи утврђење права својине или других стварних права на непокретностима, утврђење ништавости, поништај или раскид уговора који има за предмет непокретност, одређује према тржишној вредности непокретности или њеног дела. Овако измењена одредба Закона је јасна. У свим споровима за утврђење права своји-

не или других стварних права на непокретностима, односно за утврђење ништавости, поништај или раскид уговора који има за предмет непокретност, меродавна вредност предмета таквог спора је тржишна вредност непокретности или њеног дела, а не вредност коју је тужилац означио у тужби. Због тога је у таквим споровима, према налажењу Уставног суда, чак и када је у тужби означена вредност предмета спора, потребно утврђивати тржишну вредност непокретности или њеног дела и то, аналогно члану 34, став 2. Закона о парничном поступку, чинити на брз и погодан начин који неће утицати на ефикасно поступање суда.

Према утврђеном чињеничном стању, Уставни суд налази да је тужилац у смислу члана 5. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку (*Службени гласник РС*, број 111/09), већ на рочишту за главну расправу од 9. марта 2010. године пред Првим основним судом у Београду определио вредност предмета спора на износ од 11.000.000,00 динара, а како се тужени нису противили тако означеном износу, нити га је суд довео у питање, спис предмета је достављен Вишем суду у Београду на даљу надлежност и поступање, управо зато што је та вредност предмета спора омогућавала изјављивање ревизије, а осим тога, и предмет спора је утврђење ништавости уговора о уређивању међусобних односа приликом претварања заједничких просторија у приземљу стамбене зграде у стамбени простор, закључен између првотуженог и друготуженог, који је оверен код Четвртог општинског суда у Београду под бројем Ов. 6360/01 од 22. маја 2001. године.

Уставни суд указује да су у конкретном случају управо означена вредност предмета спора од 11.000.000,00 динара, у складу са чланом 5. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку и право на изјављивање ревизије, у смислу одредбе члана 29, став 1. Закона о парничном поступку, одредили и стварну надлежност Вишег суда у Београду. Поред наведеног, Уставни суд налази да се Виши суд у Београду коме су списи предмета достављени на надлежност као првостепеном суду, томе није противио у смислу одредбе члана 22, став 1. Закона о парничном поступку, већ је као надлежан суд наставио поступак као да је код њега био покренут. Наведена вредност предмета спора од 11.000.000,00 динара означена је и у уводу првостепене пресуде, а и из образложења другостепене пресуда произлази да је суд приликом одлучивања о трошковима парничног поступка имао у виду Адвокатску тарифу важећу на дан доношења побијане пресуде, као и да је тужилац на рочишту од 9. марта 2010. године определио вредност предмета спора на 11.000.000,00 динара, те је

трошкове поступка одмерио у складу са наведеном вредношћу спора. Међутим, Врховни касациони суд све наведене чињенице констатује, али налази да вредност предмета спора опредељена на рочишту од 9. марта 2010. године у износу 11.000.000,00 динара, није у складу са чланом 34, став 2. и 3. Закона о парничном поступку, јер није било објективног пре-иначења тужбе.

Полазећи од наведеног, Уставни суд налази да су у конкретном случају основани наводи подносиоца уставне жалбе о арбитрерној примени процесног права од стране Врховног касационог суда, у односу на правилно утврђивање вредности предмета спора у поступку по ревизији. Ово из разлога што Врховни касациони суд приликом одлучивања о дозвољености ревизије туженог, није узео у обзир члан 5. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку из 2009. године, односно означавање нове вредности предмета спора у смислу члана 32, став 1. Закона о парничном поступку према коме се вредност предмета спора када се тужбеним захтевом тражи утврђење ништавости, поништаја или раскида уговора који за предмет има непокретност, одређује према тржишној вредности непокретности или њеног дела. Поред наведеног, Врховни касациони суд није узео у обзир ни чињеницу да је услед означавања нове вредности предмета спора дошло до промене стварне надлежности првостепеног суда, па самим тим и могућности изјављивања ревизије. Уставни суд налази да је Врховни касациони суд у оваквим ситуацијама везан вредношћу предмета спора која је означена у самој одлуци коју преиспитује, посебно у ситуацији када је означење нове вредности предмета спора уследило одмах након ступања на снагу Закона о изменама и допунама парничног поступка, а услед пропуста првостепеног суда нису примењене одредбе члана 34, став 2. и 3. Закона о парничном поступку. Ово посебно из разлога, јер је предмет по означењу нове вредности предмета спора достављен Вишем суду као првостепеном суду, чија стварна надлежност омогућава изјављивање ревизије, а исти није изазвао сукоб надлежности, услед чега је ревизијски суд био онемогућен да се раније изјасни о надлежности Вишег суда. Наиме, Уставни суд истиче да ревизијски суд није имао у виду да су нижестепени судови пропустили да у складу са одредбом члана 34, став 3. Закона о парничном поступку провере брзо и на погодан начин тачност означене вредности предмета спора, а посебно у ситуацији када се, у складу са одредбом члана 32. наведеног закона, вредност предмета спора код утврђења ништавости уговора чији је предмет непокретност одређује према тржишној вредности непокретности. Поред наведеног, Уставни суд указује и на чињеницу да под-

носилац ревизије, тужени у спору, у конкретном случају није утицао на промену вредности предмета спора након измена Закона о парничном поступку, већ да је до измене вредности предмета спора која је довела до промене надлежности суда дошло на предлог тужиоца који није изјавио ревизију (за разлику од ситуације у Одлуци Уставног суда Уж-1981/2012 од 19. фебруара 2015. године где је до измене вредности предмета спора која је довела до промене надлежности суда дошло на предлог тужиоца који је изјавио ревизију).

Поред наведеног, Уставни суд указује и на праксу Европског суда за људска права да би власти требало да поштују и примењују домаће законе на предвидив и доследан начин, а да би прописани елементи требало да буду довољно разрађени и транспарентни у пракси да би се обезбедила правна и процедурална сигурност (видети, *mutatis mutandis*, *Nejdet Sahin i Perihan Sahin против Турске*, број 13279/05, ставови 56-57). Наиме, наведени суд сматра да ови захтеви траже с обзиром на правну сложеност предметног питања у предмету *Јовановић против Србије* од 2. октобра 2012. године, „већу транспарентност од одбацивања ревизије подносиоца представке од стране Врховног касационог суда без икаквог даљег објашњења... зашто је нашао да је поступање Општинског суда незаконито“.

Уставни суд је оценио да је у конкретном случају услед одбацивања ревизије од стране Врховног касационог суда за парничну странку настао губитак права, да услед непредвидивог начина одлучивања ревизијског суда употреби правни лек за који је имала легитимно очекивање да јој је доступан, а да у конкретном случају није допринела овој ситуацији (видети пресуду Европског суда за људска права у случају *Јовановић против Србије*, од 2. октобра 2012. године, став 50).

Полазећи од изнетог, Уставни суд је утврдио да је оспореним решењем Врховног касационог суда Рев. 37/13 од 23. јануара 2013. године повређено право подносиоца уставне жалбе на правично суђење из члана 32, став 1. Устава, те је, у тачки 1. изреке, сагласно одредби члана 89. став 1. Закона о Уставном суду (*Службени гласник РС*, бр. 109/07, 99/11, 18/13 - Одлука УС, 40/15 - др. закон и 103/15), уставну жалбу усвојио.

Из цитиране одлуке Уставног суда произилази да је неспорно да Врховни касациони суд има право да цени дозвољеност ревизије полазећи од вредности предмета спора побијеног дела другостепене пресуде. Ревизија је недозвољена ако вредност предмета спора побијеног дела другостепене пресуде не прелази законом прописан износ. Ревизија се

подноси првостепеном суду који има овлашћење да одбаци неблаговремену, непотпуну или недозвољену ревизију. Исто то овлашћење има и Врховни касациони суд. Он може да одбаци ревизију као неблаговремену, недозвољену или непотпуну, ако то у границама својих овлашћења није учинио првостепени суд. Оно што се поставља као спорно правно питање јесте питање везаности Врховног касационог суда вредношћу предмета спора која је означена у поступцима пред нижестепеним судовима. Уколико је тужилац, услед измена Закона о парничном поступку, на рочишту за главну расправу определио нову вредност предмета спора, а тужени се нису противили том износу, нити га је суд довео у питање, па је услед тога предмет достављен Вишем суду у Београду на даље поступање, управо зато што је вредност предмета спора омогућавала изјављивање ревизије, онда се те чињенице морају узети у обзир приликом одлучивања Врховног касационог суда о дозвољености ревизије. Ово тим пре, што је нова вредност предмета спора означена и у уводу првостепене пресуде, а из образложења другостепене пресуде произилази да је суд приликом одлучивања о трошковима поступка, имао у виду Адвокатску тарифу важећу на дан доношења побијане пресуде, као и да је тужилац на рочишту од 9. марта 2010. године определио нову вредност предмета спора, и да су трошкови поступка одмерени у складу са новом вредношћу предмета спора. Нову вредност предмета спора је определио тужилац, нижестепени судови су је прихватили, а првотужени који тврди да због тога има право да изјави ревизију ни на који начин није утицао на опредељивање нове вредности предмета спора.

Све наведене чињенице су, према ставу Уставног суда, створиле код првотуженог легитимно очекивање да му је ревизија као правни лек доступна, па одбацивање ревизије од стране Врховног касационог суда захтева много већу транспарентност у образложењу такве одлуке, осим неприхватања вредности предмета спора која је означена у поступцима пред нижестепеним судовима.

3. Рок за изјављивање предлога за понављање поступка у државинским парницама

Члан 454. ЗПП-а гласи: „Понављање правноснажно окончаног поступка због сметања државине дозвољено је само из разлога прописаних у члану 426, тачка 1. до 3. овог закона у року од 30 дана од правноснажности решења о сметању државине“. У једном предмету пред Вишим судом у Београду се као спорно појавило питање од ког тренутка се рачу-

на рок прописан чланом 454. ЗПП-а, у ситуацији у којој је против решења Основног суда у Обреновцу којим је усвојен тужбени захтев тужиоца изјављена жалба, па је Виши суд у Београду одлучио о основаности жалбе тако што је преиначио првостепено решење и одбио тужбени захтев.

Решење Вишег суда у Београду којим је усвојена жалба и преиначено првостепено решење донето је 9. октобра 2014. године, а тужиоцу је достављено 6. новембра 2014. године. Тужилац је против тог решења поднео предлог за понављање поступка 5. децембра 2014. године. Основни суд у Обреновцу је одбацио предлог за понављање поступка као неблагоприятан, позивајући се на одредбу члана 454. ЗПП-а. Одлучујући о жалби против првостепеног решења о одбацивању предлога за понављање поступка као неблагоприятног, Виши суд у Београду је својим решењем одбио жалбу као несновану и потврдио првостепено решење, при чему је прихватио разлоге које је у свом решењу о одбацивању предлога за понављање поступка изнео Основни суд у Обреновцу.

Против решења Вишег суда у Београду тужилац је поднео уставну жалбу Уставном суду. У поступку разматрања уставне жалбе Уставни суд је констатовао да се члан 454. ЗПП-а не може тумачити изоловано, него у вези са чланом 361. ЗПП-а, којим је прописано да је суд везан за своју пресуду чим је објављена и да пресуда има дејство према странкама од дана када им је достављена. Према ставу Уставног суда, достављање судске одлуке представља завршну фазу у поступку њеног доношења која омогућава странкама да се упознају са њеном садржином, да реализују своја права или изврше своје обавезе које из ње проистичу, али и да одлуку оспоравају правним средствима која им стоје на располагању, за чије делотворно коришћење је нужна претпоставка да странке имају сазнање не само о томе како је одлучено о тужбеном захтеву, већ и са каквим образложењем. Стога је, по оцени Уставног суда, почетак рока за изјављивање предлога за понављање поступка, као законом предвиђеног правног средства које представља право парничне странке, потребно рачунати управо од дана достављања судске одлуке странци, која одлука тек од тада производи дејство према странци, а не од дана њеног доношења. У противном, постојала би могућност да прописани рок за подношење предлога за понављање поступка истекне пре достављања правноснажног решења странци, док би, у конкретном случају, према ставу парничних судова, подносиоцу уставне жалбе након достављања другостепеног решења остао на располагању само рок од четири дана за подношење предлога за понављање поступка. Полазећи од наведеног, Уставни суд је

нашао да је оспореним решењем Вишег суда у Београду повређено право подносиоца уставне жалбе на правно средство из члана 36, став 2. Устава, на које се позива у уставној жалби, јер му је ускраћено право да надлежни суд мериторно одлучи о његовом предлогу за понављање поступка. На другачију оцену Уставног суда нема утицаја ни околност да је Суд наводе уставне жалбе о пристрасности судије - председника већа које је донело оспорено решење оценило као уставноправно неутемељене.⁶

III Формалистичка примена процесног права - ставови ЕСЉП

1. Рокови за предузимање процесних радњи

У својим пресудама ЕСЉП се посебно позабавио процесним нормама којима се уређују рокови за предузимање парничних радњи. То питање је од велике важности у поступку по правним лековима, јер погрешно тумачење законских одредби којима се уређују рокови за изјављивање правних лекова може довести до повреде права странака на правично суђење. Услед погрешно протумачених одредаба процесних закона које се односе на рокове за изјављивање правних лекова, може се десити да одлуком надлежног суда правни лек буде одбачен, уместо да се одлучи о његовој основаности, чиме се у коначном исходу ускраћује право на приступ суду из члана 6(1) ЕКЉП.

Примену процесних норми којима се уређују рокови за предузимање процесних радњи и њихов утицај на остваривање права на приступ суду, ЕСЉП је разматрао у пресуди Иванова и Ивашова против Русије.⁷ Госпођа Иванова и госпођа Ивашова су руске држављанке које су поднеле одвојене представке због повреде права на приступ суду, али је због заједничких питања које се у овим представкама постављају, ЕСЉП одлучио да споји поступке.

Госпођа Иванова је поднела тужбу ради утврђења дужине радног стажа, међутим, како је надлежни суд сматрао да је тужба непотпуна, одлуком од 22. априла 2013. године, наложио јој је да отклони недостатке. Она је ту одлуку суда примила тек 22. маја 2013. године. Тог истог дана, надлежни суд је, након што је добио обавештење да је тужилца са закашњењем примила одлуку, одредио нови рок за отклањање недостатака до

6 Одлука Уставног суда Уж-2458/2015 од 8. децембра 2016. године, *Службени гласник РС*, бр. 3-/2017 од 18. јануара 2017. године.

7 Иванова и Ивашова против Русије, пресуда ЕСЉП од 26. јануара 2017. године, доступно на: - <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>, 25. март 2017. године.

27. маја 2013. године и доставио јој нову одлуку. Суд је обавештен да је тужиља ту каснију одлуку примила 22. маја 2013. године. Одлуком од 28. маја 2013. године, суд је одбацио њену тужбу зато што у року који јој је накнадно остављен, то јест, до 27. маја 2013. године, није отклонила недостатке у тужби. Тужиља се против одлуке о одбацивању жалила Врховном суду који је потврдио одлуку првостепеног суда, јер је сматрао да је тужиљи одлука од 22. маја 2013. године уредно достављена.

Госпођа Ивашова је поднела тужбу против приватне фирме. Првостепени суд је 18. фебруара 2014. године делимично усвојио њен тужбени захтев. На рочишту, суд је прочитао само најважније делове пресуде. Адвокат тужиље се неколико пута безуспешно обраћао суду, покушавајући да добије цео текст пресуде, како би се тужиља у потпуности упознала са њеном садржином. У писму од 5. марта 2014. године председник суда је обавестио тужиљу да јој је пресуда послата 3. марта 2014. године, и да је пресуда доступна у регистру суда од 4. марта 2014. године. Тужиља је тврдила да јој је препис пресуде послат 7. марта 2014. године и да га је примила 25. марта 2014. године. Она је 18. марта 2014. године поднела скраћену жалбу против пресуде, а 21. марта 2014. године суд је позвао тужиљу да употпуни жалбене разлоге. Како још није имала цео текст првостепене пресуде, она није могла да поступи по налогу суда, па је жалба одбачена. Месец дана након што је примила препис пресуде, тачније 25. априла 2014. године, изјавила је жалбу у којој су сада били садржани сви неопходни елементи. Првостепени суд је 20. маја 2014. године одбацио жалбу као неблагоприятну, а та одлука је 23. јула 2014. године потврђена и од стране другостепеног суда.

Тужба госпође Иванове и жалба госпође Ивашове нису биле размотрене у меритуму, због тога што нису поднете у законом прописаним роковима. Ситуације у којима се налазе две подносиоце представке се према ставу ЕСЉП битно разликују. Госпођа Иванова је тврдила како никад није примила одлуку суда којом јој је наложено да отклони недостатке у тужби све до 22. маја 2013. године, то јест након истека рока за отклањање недостатака. Истог тог дана првостепени суд је, након што је добио обавештење да је тужиља примила одлуку, одредио нови рок за отклањање недостатака до 27. маја 2013. године. Госпођа Иванова је тврдила да никада није примила ни ту каснију одлуку. Иако је тврдила да никада није примила нову одлуку суда, таква њена тврдња се према ставу ЕСЉП не може прихватити, зато што првостепени суд није могао имати знања о закаснелом пријему прве одлуке којом јој је наложено да от-

клони недостатке, нити је могао одредити нови рок за отклањање недостатака без сазнања о закасном пријему одлуке, а то је потврдио и жалбени суд у својој одлуци. Такав закључак жалбеног суда прихвата и ЕСЉП. Из свега наведеног произилази да госпођа Иванова није показала дужну пажњу, јер није поступила у року који јој је остављен да отклони недостатке у својој тужби. Самим тим, није дошло до повреде њеног права на приступ суду.

У погледу госпође Ивашове, рок за изјављивање жалбе који је прописан важећим законодавством износи 30 дана од дана када је комплетан текст пресуде израђен од стране судског регистра. У конкретном случају, спорно је када је тај тренутак наступио. Госпођа Ивашова је као доказе у прилог својих тврдњи приложила документа из којих се види да јој је пресуда била послата 7. марта 2014. године и да је она примила пресуду 25. марта 2014. године. Датум пријема пресуде је потврђен и од стране жалбеног суда. Пошто након више од месец дана од дана одржавања рочишта на којем су објављени најважнији делови пресуде није добила пун текст пресуде, госпођа Ивашова је поднела скраћену верзију жалбе, како би се обезбедила да јој жалба не буде одбачена као неблагоприятна. Она је, према тумачењу ЕСЉП, у околностима датог случаја предузела све разумне мере како би добила цео текст пресуде и како би изјавила жалбу у оквиру законског рока. Надлежни суд је одбацујући њену жалбу као неблагоприятну, протумачио домаће право на нефлексибилан начин, стављајући терет на госпођу Ивашову који она није могла да испуни. Захтев да жалба буде поднета у року од месец дана од дана када је израђен цео текст пресуде, заправо значи да је поштовање рока од стране госпође Ивашове учињено зависним од околности које су у потпуности ван њене контроле. Рок за изјављивање жалбе треба да почне да тече од тренутка када је странка могла да се стварно упозна са садржином целог текста пресуде, навео је ЕСЉП у образложењу своје пресуде. Пошто госпођа Ивашова није успела да поднесе жалбу у року, због правила о рачунању рока које је применио домаћи суд, тиме је дошло до повреде њеног права на приступ суду из члана 6(1) ЕКЉП.

2. Вредност предмета спора и дозвољеност ревизије

У предмету *Зубац против Хрватске*⁸ поставило се питање начина одређивања вредности предмета спора и утицаја вредности предмета

8 *Зубац против Хрватске*, пресуда ЕСЉП од 11. октобра 2016. године, доступна на адреси: - <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>, 25. март 2017. године.

спора на дозвољеност ревизије. Имајући у виду да се слично питање поставило пред нашим Уставним судом у одлуци коју смо анализирали, неопходно је указати на ставове ЕСЉП о овом питању.

Таст подносиоце представке Ву.З. је 29. септембра 1992. године, преко своје жене К.З. као пуномоћника закључио уговор о размени своје куће у Дубровнику, за кућу у Требињу чији је власник био Ф.О. Неколико година касније, 2001. године, Ву. З. је поднео тужбу Основном суду у Требињу против наследника Ф.О. тражећи да му дају сагласност за укњижбу (*clausula intabulandi*). Суд је пресудио у корист Ву.З. и тужени су поступили у складу са пресудом. Ву.З. је умро између 2001. и 2002. године. Убрзо након тога, 14. августа 2002. године, његов син и муж подносиоце представке М.З. је поднео тужбу пред Општинским судом у Дубровнику, тражећи да се утврди да је уговор о размени апсолутно ништав, јер је закључен под утицајем претње, у ратним околностима и да је на пуномоћју које је користила његова мајка потпис његовог оца био фалсификован. У својој тужби означио је вредност предмета спора на износ од 10.000,00 куна (тада приближно 1360 евра). Касније на рочишту од 6. априла 2005. године повећао је вредност предмета спора на износ од 105.000,00 куна чему су се тужени успротивили. Суд је 25. априла 2005. године наредио тужиоцу М.З. да плати судску таксу у износу од 1400 куна (приближно 160 евра), а износ судске таксе првостепени суд је одредио полазећи од тога да је вредност предмета спора 105.000,00 куна. Пресудом од 27. септембра 2005. године Општински суд у Дубровнику је одбио тужбени захтев и наложио тужиоцу да плати трошкове поступка који су били обрачунати на вредност предмет спора од 105.000,00 куна. У образложењу првостепене пресуде је, између осталог, наведено да је суд прихватио вредност предмета спора у износу од 105.000,00 куна. Пресудом Жупанијског суда у Дубровнику од 1. октобра 2009. године, одбијена је жалба тужиоца и потврђена првостепена пресуда укључујући и одлуку о трошковима поступка, за коју је суд навео да је заснована на закону и да је адекватно образложена. М.З. је 24. маја 2010. године поднео ревизију Врховном суду Хрватске. Он је 17. октобра 2010. године умро, а поступак је преузела његова жена В.З. Решењем Врховног суда Хрватске од 30. марта 2011. године, ревизија је одбачена као недопуштена, због тога што је суд оценио да је вредност предмета спора испод 100.000,00 куна што је тада био ревизијски цензус. У образложењу решења, Врховни суд Хрватске се позвао на тада важеће одредбе Закона о парничном поступку којима се уређује вредност предмета спора, а којима је било прописано да ако се тужбени захтев не односи на новчано потраживање, тужилац је обавезан да у тужби одреди вредност предмета спора, након че-

га нема право да је мења. Само суд може утврдити нову вредност предмета спора, по службеној дужности или по приговору туженог, ако оцени да је вредност предмета спора у тужби означена сувише високо или сувише ниско и то најкасније на припремном рочишту или ако се припремно рочиште не одржава, онда на првом рочишту за главну расправу, пре упуштања у расправљање. Тужилац јесте на рочишту од 6. априла 2005. године означио нову вредност предмета спора, али није преиначио тужбу. Зато првостепени суд није донео решење о новој вредности предмета спора, јер процесни услови нису били испуњени. Уставни суд Хрватске је 10. новембра 2011. године одбацио уставну жалбу подносиоцеке представке, јер је сматрао да се њоме не покрећу питања која спадају у надлежност Уставног суда. Одлука Уставног суда је достављена подносиоци представке 30. новембра 2011. године. Након тога, она је поднела представку ЕСЉП, тврдећи да је повређено њено право на приступ суду (§§ 6-19 пресуде).

Након анализе важећег законодавства и судске праксе Врховног суда Хрватске и Уставног суда, ЕСЉП је изнео принципе који се примењују на ово питање. Ниједан члан ЕКЉП не обавезује државе потписнице да установе апелационе или касационе судове, али уколико то учине, онда приступ тим судовима и право странака да се одлучи о њиховим грађанскоправним споровима мора бити у складу са чланом 6(1) ЕКЉП. Имајући у виду специфичан положај касационих судова (овде Врховног суда Хрватске), у складу је са чланом 6(1) ЕКЉП да поступак пред тим судовима буде формалнији. Право на суд, чији је један аспект право на приступ суду, није апсолутно, оно је подложено ограничењима, поготово када је у питању право на жалбу, односно правни лек уопште, када држава има право да пропише услове за дозвољеност правног лека, при чему ужива извесно унутрашње поље слободне процене. Ограничења права на приступ суду не смеју угрозити саму суштину тог права. Она су допуштена уколико имају легитиман циљ и уколико су употребљена средства ограничења пропорционална циљу који се жели постићи. На националним судовима је да примењују домаће право, а улога ЕСЉП је да испита да ли су ефекти те примене у складу са одредбама ЕКЉП. Ово се посебно односи на примену процесних норми. Процена ЕСЉП се у сваком конкретном случају заснива на врсти поступка која је у питању и предмету и циљу члана 6 (1) ЕКЉП (§§ 33-36 пресуде).

Примењено на конкретан случај, Врховни суд Хрватске је одбацио ревизију као недопуштену због тога што је, према његовој процени, вредност предмета спора била испод законом прописаног износа за изјављи-

вање ревизије (100.000,00 куна). Врховни суд Хрватске се у образложењу свог решења позвао на тада важеће одредбе Закона о парничном поступку. ЕСЉП примећује да је тужилац на рочишту од 6. априла 2005. године означио нову вредност предмета спора на износ од 105.000,00 куна, да су се тужени томе успротивили и да првостепени суд није о томе донео одлуку. Па ипак, у образложењу своје пресуде, првостепени суд је навео да је трошкове поступка обрачунао полазећи од износа од 105.000,00 куна као вредности предмета спора. Другостепени суд је, одлучујући о жалби, у целости потврдио пресуду првостепеног суда. Према томе, чак и да су првостепени и другостепени суд, погрешили приликом утврђивања вредности предмета спора, муж и правни претходник подносиољке представке је поступао разумно када је поднео ревизију Врховном суду Хрватске. С тим у вези, ЕСЉП посебно наглашава да ризике грешака које почине државни органи и тела треба да сноси сама држава, а никако појединци. У конкретном случају, Врховни суд Хрватске је, иако свестан грешака које су наводно починили нижестепени судови, применио важећа процесна правила на претерано формалистички начин (*excessively formalistic manner*). Тиме што је терет грешака које су починили нижестепени судови пребацио на саму подносиољку представке, Врховни суд Хрватске је поступио супротно принципима који произилазе из члана 6(1) ЕКЉП и повредио право подносиољке представке на приступ суду (§§ 37–41 пресуде).

Пресуда је донета 11. октобра 2016. године тесном већином гласова 4:3, уз три издвојена мишљења. ЕСЉП је 6. марта 2017. године прихватио захтев Владе Хрватске да се предмет упути Великом већу на одлучивање, па остаје да се види да ли ће пресуда остати на снази.

IV Начин примене процесних норми - ни претерани формализам ни претерана флексибилност

Пресуде ЕСЉП и Уставног суда које смо анализирали су идентификовале претерани формализам у примени процесних норми као један од недостатака у раду редовних судова. Формалистичко поступање у примени процесних норми јесте делом и последица схватања грађанског процесног права као формалног права, при чему законске одредбе којима се уређују правила поступка захтевају рестриктивно и претежно језичко тумачење. Овакви ставови су делом последица настојања судова и судија да се заштите од евентуалне одговорности, позивањем на то да је „закон најбољи закљон“. У ситуацији коју карактерише интензивна зако-

нодавна активност у области грађанског процесног права и истовремено опадање квалитета процесних закона, такав став може имати штетне последице пре свега по права самих странака у поступку.

Основни принцип који треба имати у виду приликом примене процесних норми је поставио ЕСЉП у пресуди *Eşim* против Турске.⁹ Судови су дужни да примењују процесна правила тако да избегавају претерани формализам који би угрозио правичност поступка и истовремено да избегавају претерану флексибилност која би процесна јемства прописана процесним законима учинила безвредним (§ 21 пресуде). Између претераног формализма и претеране флексибилности мора се пронаћи мера у примени процесних норми која ће бити у функцији предвидиве и доследне примене закона, а самим тим и заштите права самих странака.

Анализом одлука Уставног суда донетим у поступку по уставним жалбама, може се закључити да је у већини случајева Уставни суд поништавао пресуде редовних судова због уставноправно неприхватљивог образложења. Под уставноправно неприхватљивим образложењем, Уставни суд је између осталог подразумевао и арбитрерну примену како материјалног тако и процесног права од стране редовних судова. Тиме је Уставни суд показао свој став да је претерана флексибилност у примени процесних норми неприхватљива. Одлука Уставног суда коју смо на почетку рада цитирали, а којом је због претераног формализма у примени правила извршног поступка поништено решење надлежног извршног суда, представља указивање редовним судовима на другу крајност у примени процесних норми која је исто тако опасна и неприхватљива као и претерана флексибилност.

Норме грађанског процесног права теже постизању равнотеже између два циља: правичности и правне сигурности.¹⁰ Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење (члан 18, став 3. Устава). Јемства неотуђивих људских и мањинских права у Уставу служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву заснованом на начелу владавине

9 *Eşim* против Турске, пресуда ЕСЉП доступна на адреси: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>, 25. март 2017. године.

10 Christoph Leuenberger, Beatrice Uffer Tobler, *Zivilprozessrecht*, Bern, 2010, 2.

права (члан 19. Устава). Странке имају право на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права (члан 2, став 1. ЗПП). Цитиране уставне и законске одредбе, као и ставови правне теорије, обавезују судове да приликом примене процесних правила ускладе традиционалне методе тумачења са правима која су гарантована Уставом и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода.

Nikola BODIROGA, PhD

Associate Professor at the University of Belgrade, Faculty of Law

ON FORMALISTIC APPROACH TO CIVIL PROCEDURE

Summary

This main focus of this paper is to tackle the approach to the application of civil procedure rules adopted by Serbian courts. Rules of civil procedure are often treated as part of formal law contrary to the material (substantive) law. This definition necessarily influences the way in which the rules of civil procedure are being applied by our civil courts. After thorough analysis of many decisions rendered by our civil courts, one can conclude that when it comes to the application of civil procedure rules restrictive and technical approach prevails. So far, the way in which the civil procedure rules are being applied hasn't received any attention, neither in theory nor in practice. However, in 2016, Serbian Constitutional Court has quashed several decisions of civil courts because it concluded that the courts have applied civil procedure rules in excessively formalistic manner, which resulted in violation of the right to fair trial. In its recent decisions European Court for Human Rights has also stressed out that the application of civil procedure rules in excessively formalistic manner runs contrary to the principle of general fairness inherent in Article 6(1) of European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Liberties. According to the European Court for Human Rights, the courts are bound to apply the rules of procedure avoiding both excessive formalism that would impair the fairness of the proceedings and excessive flexibility such as would render nugatory the procedural requirements laid down in statutes. The traditional rules of interpretation and application of civil procedure rules must be read in a way which is compatible with Constitution and Convention rights.

Key words: *Rules of civil procedure, application, formalistic manner, Constitutional court, European Court for Human Rights.*

Др Марко ЈОВАНОВИЋ, LL.M.
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

КЉУЧНЕ ОДЛИКЕ ФИНАНСИРАЊА ТРОШКОВА АРБИТРАЖЕ ОД ТРЕЋИХ ЛИЦА*

„Богатство има монопол правде над сиромаштвом“

Џереми Бентам, *Одбрана лихварства*

Резиме

Рад приказује један од новијих института савременог арбитражног права – финансирање трошкова арбитраже од лица које нису странке у поступку. Објашњава се сврха и значај овог института, указује на његов тренутно важећи правни режим и разматрају одређена отворена питања која се јављају у вези са екстерним финансирањем арбитраже. Закључује се да, иако у овом тренутку веома корисни, извори меког нормативитета којима је овај институт у претежној мери тренутно уређен нису довољни да у пуној мери заштите правну сигурност свих учесника у послу екстерног финансирања, као и у арбитражном поступку који је екстерно финансиран, те да се у будућности може очекивати даљи развој специјализованих правила о финансирању трошкова арбитраже од трећих лица.

Кључне речи: *арбитража, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица, уговор о финансирању, меко право.*

І Увод

Арбитража се дуго описивала као „једноставан и јефтин приватни метод решавања спорова међу господом“.¹ Међутим, како су временом

* Рад је израђен као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ на Правном факултету Универзитета у Београду.

1 Pierre Lalive, „Arbitration – the Civilized Solution“, *ASA Bulletin* 3/1998, 483.

трошкови организовања овог начина решавања спорова почели значајно да расту,² чини се да управо наведена одредница, барем у делу који говори о цени арбитраже, више не стоји.³ Да би арбитражни поступак отпочео, по правилу је, између осталог, неопходно и да странке предујме арбитражне трошкове који обухватају накнаде за рад арбитра, трошкове у вези са обављањем секретарских услуга и организовањем и одржавањем рочишта,⁴ као и трошкове евентуалног учешћа сведока и вештака.⁵ Арбитражни правилници обично предвиђају да тужилац и тужени предујмљују по половину укупног процењеног износа ових трошкова, али ако тужени покуша да прибегне тактици одуговлачења и добијања на времену тиме што ће избегавати да предујми своју половину, тужилац ће морати да унапред положи целокупан износ ако жели да поступак почне без одлагања⁶ што, зависно од вредности предмета спора, може бити веома велики издатак. Будући да у арбитражи, за разлику од судског решавања спорова, не постоји механизам тзв. сиромашког права, немогућност предујмљивања трошкова поступка може фактички да онемогући странку (по правилу тужиоца) да оствари принудну заштиту својих права. Наиме, због недостатка средстава за предујмљивање арбитражних трошкова тужилац не би могао да покрене арбитражни поступак, а због везаности арбитражним споразумом не би могао ни да поднесе тужбу државном суду (осим уколико не успе да докаже да у конкретном случају постоји неки основ неважности арбитражног споразума), што би му ефективно ускратило право на приступ било каквом механизму принудне заштите права. Један од начина на који се овакав нежељени исход настоји избећи јесте и прибегивање финансирању трошкова арбитраже од лица која нису странке арбитражног споразума у датом случају (трећих лица).

Финансирање трошкова арбитраже од трећих лица је релативно нов институт који се у последњој деценији налази у жижи интересовања

2 Под наведеним се пре свега мисли на раст висине хонорара арбитра, правних заступника, вештака и других учесника у поступку као и раст цена обезбеђивања логистичке подршке одвијању арбитражног поступка, било да се ради о институционалној или *ad hoc* арбитражи.

3 Вид. у том смислу: Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Oxford, 2015, пасуси 1.123-1.125.

4 У случају институционалне арбитраже ови трошкови су обухваћени накнадом коју наплаћује арбитражна институција за своје услуге.

5 Emmanuel Gaillard, John Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, 684-685.

6 Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford, 2007, 346.

арбитражне теорије и праксе.⁷ Јавља се како у инвестиционој тако и у трговинској арбитражи. Научном интересовању за финансирање трошкова арбитраже од трећих лица доприносе најмање два важна фактора: многострукост облика у којима се овај институт јавља и још увек недовољна специјализованост правила која овај институт уређују. Практично интересовање за финансирање трошкова арбитраже од трећих лица условљено је не само околношћу да овај институт омогућава странкама које немају довољно средстава да остваре своје право на принудну заштиту права већ и тиме да се финансирању трошкова арбитраже често прибегава и као једној од стратегија дисперзије финансијских ризика иначе солвентних странака које не желе да своја ликвидна средства ангажују у сврху вођења арбитражног поступка.

Имајући у виду растући значај поменутог института, у овом раду ће најпре бити објашњен појам финансирања трошкова арбитраже од трећих лица (II), затим ће бити приказан његов правни режим (III) и на крају ће бити указано на нека отворена питања у вези са применом овог института (IV).

II Појам финансирања трошкова арбитраже од трећих лица

Будући да се у пракси јавља у различитим облицима,⁸ институт финансирања трошкова арбитраже од трећих лица није лако дефинисати. Иако су у теорији изражена разна гледишта по овом питању, чини се да се већина аутора слаже око тога да је финансирање трошкова арбитраже од трећих лица облик улагања у коме лице које нема правни интерес за вођење конкретног поступка преузима да уместо странке у поступку сноси све трошкове вођења арбитраже или њихов део, а заузврат оства-

7 За сумаран преглед неких најважнијих конференција о финансирању трошкова арбитраже од трећих лица у последњој деценији вид. Selwyn Seidel, „Third-Party Investing in International Arbitration Claims“, *Third-Party Funding in International Arbitration* (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 18.

8 Као типични облици финансирања трошкова арбитраже од трећих лица издвајају се сношење трошкова тужиоца, сношење трошкова туженог, давање различитих облика обезбеђења и осигурања странкама у арбитражном поступку, тзв. „стратешко“ финансирање (облик финансирања у коме финансијер не добија новчану надокнаду за сношење трошкова поступка већ остварује неки други стратешки интерес) и др. Више о томе вид. Aren Goldsmith, Lorenzo Melchionda, „Third-Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)“, *International Business Law Journal* 1/2012, 55 и 60-63.

рује одређену финансијску корист.⁹ Три су, дакле, кључна елемента појма финансирања арбитраже од трећих лица: улагање (1.), његови субјекти (2.) и суштина посла финансирања (3.).

1. Финансирање трошкова арбитраже од трећих лица као улагање

Основна заједничка тачка бројних дефиниција финансирања трошкова арбитраже од трећих лица јесте да овај посао посматрају као облик улагања. За разлику од финансирања трошкова вођења судског поступка, које може да се оствари оснивањем друштва за посебне намене (*special purpose vehicle*) чији ће задатак бити да учествује у судском поступку уместо корисника финансирања,¹⁰ финансирање трошкова арбитраже представља по правилу уговорни облик улагања, јер би због ограничења која проистичу из субјективног домаћаја арбитражног споразума друштво за посебне намене тек изузетно могло да ступи на место корисника финансирања у арбитражном поступку. Уговор о финансирању трошкова арбитраже закључују страна-учесница (или будућа учесница) у арбитражном поступку (која је корисник финансирања) и финансијер – страна која се обавезује да покрије предвиђене трошкове вођења арбитражног поступка свог сауговорача. Овим уговором се, између осталог, дефинишу и уређују: арбитражни поступак у циљу чијег финансирања се уговор закључује, износ и структура трошкова које ће финансијер покрити, динамика и начин њиховог покривања, удео у досуђеном износу који припада финансијеру у случају да корисник финансирања успе у спору, као и услови дозвољености раскида уговора.¹¹ Имајући у виду природу посла финансирања трошкова арбитраже, сматра се да је веома корисно да уговор о финансирању садржи и од-

9 Упор. Niccolò Landi, „The Arbitrator and the Arbitration Procedure: Third-Party Funding in International Commercial Arbitration – An Overview“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2012, 85-86; A. Goldsmith, L. Melchionda, 56; Derric Yeoh, „Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?“, *Journal of International Arbitration* 1/2016, 116; Nadia Darwazeh, Adrien Leleu, „Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding“, *Journal of Investment Arbitration* 2/2016, 127; Valentina Frignati, „Ethical Implications of Third-Party Funding in International Arbitration“, *Arbitration International* 3/2016, 508.

10 Georges Affaki, „A Financing is a Financing is a Financing...“, *Third-Party Funding in International Arbitration* (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 11.

11 Детаљно о елементима уговора о финансирању трошкова арбитраже вид. Mick Smith, „Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective“, *Third Party Funding in International Arbitration* (eds. Victoria Shannon, Lisa Bench Nieuwveld), Kluwer Law International 2012, 20-29.

редбе о поверљивости, (не)могућности утицаја финансијера на доношење стратешких одлука у вези са вођењем поступка, његовим окончањем и правним заступањем, као и одредбе о успостављању независног механизма процене одговорности за случај да се арбитражни поступак не заврши успехом корисника финансирања или да циљ уговора о финансирању на други начин буде осујећен.¹²

Како финансирање трошкова арбитраже представља облик улагања, одлука финансијера у погледу упуштања у овакав подухват треба да буде вођена настојањем да се у што је могуће већој мери умањи ризик евентуалне неуспешности посла. Бројни су фактори које финансијери узимају у обзир приликом доношења своје пословне одлуке, а међу њима се нарочито издвајају: вредност спора,¹³ меродаван материјалноправни и процесноправни оквир, релевантност и убедљивост доказа које ће корисник извести у поступку, као и вероватноћа успеха улагања¹⁴.¹⁵ Анализа испуњености ових (и других) елемената утиче не само на одлуку финансијера да ли ће финансирати вођење неког арбитражног поступка, већ и на одлуку у погледу висине средстава које ће ангажовати за финансирање и провизије коју ће за финансирање узети након окончања арбитражног поступка.

2. Субјекти посла финансирања трошкова арбитраже од трећих лица

Субјекти посла финансирања трошкова арбитраже од трећих лица су, као што смо наговестили приказујући основне одлике уговора о финансирању, корисник финансирања и финансијер. Обично се наводи да се као корисници финансирања јављају мале и средње компаније које немају довољно ликвидних средстава за предујмљивање трошкова арбитражног поступка и ефикасно учествовање у њему.¹⁶ Међутим, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица се у пракси прибегава и у случајевима када постоји несразмера у економској моћи страна у спору, па економски слабија страна, иако можда солвентна, ангажује финансијера

12 *Ibid.*, 21-23.

13 Сматра се да је уобичајена доња граница вредности спора чије финансирање трећа лица прихватају милион америчких долара. Вид. V. Frignati, 509, са даљим упућивањима.

14 Вероватноћа успеха улагања се рачуна помоћу сложених математичких формула које у принципу треба да покажу да ли постоји најмање 75% изгледа да посао финансирања донесе пројектовани профит у периоду који не прлази 3 године. Вид. S. Seidel, 25-26. За нешто другачије постављену стопу успеха у краћем периоду (70% у периоду до две и по године) вид. V. Frignati, 509.

15 Више о факторима који опредељују улагачку одлуку финансијера вид. N. Landi, 98.

16 N. Landi, 95.

како би избегла процесне манипулације економски јаче стране које би за циљ имале одуговлачење поступка и раст укупних трошкова његовог извођења.¹⁷ Коначно, као корисници финансирања се појављују и странке које немају проблеме са солвентношћу или код којих не постоји неравнотежа у економској снази у поређењу са другом страном у спору, већ које желе да кроз обезбеђивање финансирања трошкова арбитраже од трећих лица ангажују што мањи удео сопствених средстава за вођење арбитражног поступка.¹⁸

Са друге стране, као финансијери се обично појављују специјализоване компаније или банке а све чешће, и то посебно у државама англосаксонског правног круга, у послу финансирања учествују посебни фондови и посредници.¹⁹

3. Суштина посла финансирања трошкова арбитраже од трећих лица

Суштина посла финансирања трошкова арбитраже од трећег лица састоји се у томе да финансијер, лице које није страна у спору нити је везано арбитражним споразумом, олакшава новчани терет учешћа корисника финансирања у арбитражном поступку, а корисник му за то дугује предвиђену накнаду. Поменуто олакшавање новчаног терета учешћа у арбитражном поступку најчешће се остварује тако што финансијер сноси унапред дефинисане трошкове вођења арбитражног поступка (све или њихов део), а заузврат добија одређени проценат од износа који арбитражном одлуком буде досуђен кориснику финансирања, а који се у принципу креће од 20% до 40%, зависно од сложености предмета, вредности спора, вероватноће да корисник финансирања успе у спору, дужине трајања поступка и изгледа за успешно извршење арбитражне одлуке.²⁰ Уко-

17 Christopher Bogart, „Overview of Arbitration Finance“, *Third-Party Funding in International Arbitration* (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 51-52.

18 V. Frignati, 506.

19 N. Landi, 92-94.

20 Selvyn Seidel, Sandra Sherman, „Corporate Governance Rules Are Coming to Third Party Financing of International Arbitration (And In General)“, *Third-Party Funding in International Arbitration* (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 35; A. Goldsmith, L. Melchionda, 56, који такође указују на то да у неким правним системима претерано високе накнаде финансијерима (50% износа досуђеног арбитражном одлуком и више) нису дозвољени. За нешто другачије виђење уобичајених износа накнаде финансијера (10%-45%) вид. Bernardo Cremades, „Concluding Remarks“, *Third-Party Funding in*

лико корисник не успе у спору, неће ништа дуговати финансијеру, тј. неће имати обавезу да финансијеру накнади уложен износ.

Могуће је да се екстерно финансирање остварује и кроз зајам, односно кредитни посао, када ће корисник имати обавезу да по истеку договореног периода, односно по испуњењу услова (доношења арбитражне одлуке у корист корисника финансирања) финансијеру врати позајмљен износ увећан за уговорену камату.²¹ Ипак, иако теоријски и практично изводљив, ово не би био типичан облик финансирања трошкова арбитраже од трећих лица и у пракси се ретко примењује.²²

Као што смо већ напоменули, постоје и други облици екстерног финансирања трошкова арбитражног поступка који се остварују кроз чињење доступним кориснику разних облика економских повољности које му омогућавају или олакшавају вођење арбитражног поступка, као што су давање гаранција, осигурања и сл. Премда се не уклапају у напред описани уобичајени модел финансирања трошкова арбитраже од трећих лица, и ови послови имају исту суштину: олакшавање новчаног терета учешћа корисника у арбитражном поступку уз одговарајућу накнаду.

III Правни режим финансирања трошкова арбитраже од трећих лица

Како је финансирање трошкова арбитраже од трећих лица релативно нова појава у арбитражном праву, не треба да изненади што је правни режим овог института упоредноправно још увек прилично хетероген и недовољно прецизно уређен. Нека национална права, као што је то рецимо случај са Ирском, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица уопште не допуштају.²³ Негативан став ирског права према финансирању трошкова арбитраже од трећих лица може се објаснити традиционалном ненаклоношћу англосаксонског права према „екстерном“ финансирању правозаштитних поступака.²⁴ Иако је у водећим јурисдик-

International Arbitration (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 153.

21 S. Seidel, S. Sherman, 35.

22 Вид. у том смислу: В. Cremades, 154.

23 Примера ради, у Ирској је априла 2016. године потврђена недопуштеност финансирања трошкова арбитраже од трећих лица. Вид. *Persona Digital Telephony Ltd. v. Minister for Public Enterprise*, 2016 IЕHC 187.

24 У англосаксонској правној доктрини су институти *maintenance* (финансирање трошкова правозаштитног поступка за другог без добијања накнаде) и *champerty* (финансирање

цијама англосаксонског правног круга финансирање трошкова арбитраже дозвољено од пре десетак година, приметна је неуједначеност у учесталости коришћења овог института.²⁵

Талас „озакоњења“ финансирања трошкова арбитраже од трећих лица се наставља, па је тако, примера ради, у Сингапуру, који је данас један од водећих светских арбитражних центара, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица дозвољено почетком ове године.²⁶ Са друге стране, у теорији се истиче да у одређеним правним системима финансирање трошкова арбитраже од трећих лица (још увек) спада у тзв. „сиву зону“, што подрива правну сигурност у погледу доступности и функционисања овог института.²⁷

Међутим, осим принципијелног питања да ли је финансирање трошкова арбитраже од трећих лица дозвољено или не, потребно је утврдити која се правила примењују на уређење самог начина примене овог института. Упоредноправно посматрано, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица је тренутно ретко где уређено посебним правилима,²⁸ тако да се у одсуству специјализованих норми на овај институт примењују општа правила уговорног и арбитражног права. Ипак, из потребе да се одређена спорна питања у вези са применом овог института разреши, почињу да се јављају извори тзв. „меког нормативитета“ којима се настоји да се попуне поједине празнине правног режима екстерног финансирања.

трошкова правозаштитног поступка за другог уз добијање накнаде) традиционално сматрани супротни етичким нормама и, сходно томе, били забрањени. Вид. V. Frignati, 505.

25 За приказ коришћења института финансирања трошкова арбитраже од трећих лица за Сједињене Америчке Државе, Енглеску, Велс и Аустралију вид. N. Landi, 89-91.

26 Измене прописа којима је у Сингапуру (иначе још једној од у основи англосаксонских јурисдикција) дозвољено финансирање трошкова арбитраже од трећих лица усвојене су половином јануара 2017. године. Вид. Civil Law (Amendment) Bill 38/2016, доступан на веб-адреси: <https://www.parliament.gov.sg/sites/default/files/Civil%20Law%20%28Amendment%29%20Bill%2038-2016.pdf>.

27 За Белгију и Француску вид. N. Darwazeh, A. Leleu, 126.

28 Уз већ поменути Сингапур и тамошњи Закон бр. 38/2016, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица је од скоро уређено посебним прописима и у Хонг Конгу, где су 2016. године усвојене измене прописа о арбитражи и медијацији којима су уведена специјализована правила која се тичу екстерног финансирања. Вид. Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016, доступан на веб-страни: <http://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf>.

Једним од привих значајних доприноса у овом смислу сматрају се измене Смерница о сукобу интереса у међународној трговинској арбитражи Међународне адвокатске коморе (енгл. *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration*) из 2014. године.²⁹ Овим изменама се настојао спречити сукоб интереса који би настао у ситуацији када, примера ради, једно лице у арбитражном поступку А иступа као правни заступник стране-корисника финансирања, док у арбитражном поступку Б, у коме је једна од страна финансирана од истог финансијера као и страна-корисник у поступку А, то исто лице обавља дужност арбитра.³⁰ Изменама Општег стандарда 6(б) прописано је да се, у сврху провере постојања сукоба интереса према осталим стандардима садржаним у Смерницама, са страном у поступку (под условом да је правно лице) изједначава свако физичко или правно лице које има контролни утицај на ту страну, директан економски интерес у њој или дужност да обештети страну за арбитражну одлуку.³¹ Пре доношења измена из 2014. године постојала је сумња да ли повезаност која се јавља по основу екстерног финансирања може да се подведе под стандарде предвиђене Смерницама, али су измене Општег стандарда 6(б) ову недоумицу отклониле, што проистиче не само из текста наведеног стандарда већ и из објашњења које га прати.³² Штавише, обавеза странке у поступку да пријави постојање екстерног финансирања „самоиницијативно и што је пре могуће“ прописана је и Општим стандардом 7(а).

Исте године када су усвојене измене Смерница Међународне адвокатске коморе, Удружење финансијера правозаштитних поступака Енгле-

29 Иако нису правно обавезујуће, Смернице су од свог усвајања 2004. године стекле знајан углед у међународној трговинској арбитражи и често се користе приликом одлучивања о прихватању именована за дужност арбитра, односно приликом процене независности и непристрасности већ именованих арбитра. Смернице садрже четири групе (листе) ситуација повезаности арбитра, странака у поступку и њихових заступника које треба (или у случају тзв. „зелене“ листе не треба) да се пријаве приликом именована и које, зависно од интензитета и природе везе, могу (или у случају „зелене“ листе не би требало) да створе сумњу у независност и непристрасност арбитра. Текст Смерница са објашњењима доступан је на веб-страни: www.ibanet.org%2FDocument%2FDefault.aspx%3FDocumentUid%3De2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918&usg=AFQjCNFevNZgKiVw0CZPEmhTtW0tnS2QLA.

30 Пример наведен према: V. Frignati, 513.

31 Вид. Општи стандард 6(б).

32 У објашњењу уз Општи стандард 6(б) стоји да: „[т]рећа страна која финансира трошкове арбитраже и осигуравач могу да имају економски интерес у односу на арбитражну одлуку у предметном спору, те се као такви могу изједначити са странком у поступку“. Вид. Смернице, 14.

ске и Велса (енгл. *Association of Litigation Funders of England & Wales*) објавило је Кодекс понашања финансијера правозаштитних поступака.³³ Сходно тачки 3, Кодекс примењују сви чланови Удружења који финансирају поступке решавања спорова на територији Енглеске и Велса а њиме су уређена правила рекламирања финансијера (тачка 6), правила поверљивости у вези са поступањем са информацијама и документима који се тичу финансираног поступка или су у вези са њим (тачка 7), правила о закључењу, садржају, извршењу и основима престанка уговора о финансирању (тачке 8-14), а успоставља се и механизам подношења притужби Удружењу на деловање финансијера који су његови чланови (тачка 15).

У последње време истакнуте арбитражне институције издају упутства за одвијање арбитражних поступака у којима се, са мање или више детаља, уређују и поједина питања финансирања трошкова арбитраже од трећих лица. Тако је, на пример, у Упутству странкама и арбитражним већима за одвијање арбитражног поступка према Правилнику Међународне трговинске коморе из Париза (енгл. *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration*) из 2016. године³⁴ предвиђено да арбитар приликом одлучивања о околностима које потенцијално рађају сумњу у његову независност и непристрасност и које треба да пријави приликом свог именовања треба да има у виду и везе са било којим ентитетом који има директни економски интерес у односу на дати поступак или обавезу да обештети странку за арбитражну одлуку.³⁵ Детаљнија правила о извођењу арбитражног поступка који укључује екстерно финансирање постављена су Смерницама о финансирању трошкова арбитраже од трећих лица (енгл. *Guidelines on Third Party Funding in Arbitration*) које је Хонгконшки арбитражни центар изложио на јавну расправу 2016. године.³⁶ Правила садржана у Смерницама подељена су у две групе. У једној групи се налазе правила која се тичу корисника финансирања и она уређују основна питања уговора о финансирању, правила о поверљивости, сукобу интереса и утицајем на управљање поступком.³⁷ Другу групу чине правила која се односе на арбитражно

33 Кодекс је доступан на веб-страни: <http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2014/02/Code-of-conduct-Jan-2014-Final-PDFv2-2.pdf>.

34 Текст Упутства је доступан на веб-страни: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration.pdf>.

35 Вид. т. 24 Упутства.

36 Текст Смерница је доступан на веб-страни: <https://hkarbitration.files.wordpress.com/2016/05/cietac-draft-guidelines-17-may-16.pdf>.

37 Вид. Одељак 2 Смерница.

веће и она уређују питања пријављивања постојања екстерног финансирања, сукоба интереса и одређивања обавезе полагања обезбеђења за накнаду трошкова поступка.³⁸ Коначно, Сингапурски међународни арбитражни центар је последњег дана марта 2017. године донео Практичну напомену о поступању арбитра у поступцима који укључују екстерно финансирање (енгл. *Practical Note on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding*).³⁹ Овом Практичном напоменом уређена су питања непристрасности и независности арбитра у поступцима који укључују екстерно финансирање (тачка 4), као и обавеза пријављивања постојања екстерног финансирања, идентитета финансијера и свих других околности које могу да утичу на независност и непристрасност у одлучивању (тачке 5-8). Такође, а што сматрамо посебно важним, Практична напомена садржи и упутства арбитрама о одлучивању о трошковима поступка, а напомиње и да постојање екстерног финансирања *само по себи* не треба да се сматра индикатором финансијског стања странке-корисника, што је од изузетног значаја приликом одлучивања о обавези полагања обезбеђења за накнаду трошкова поступка.⁴⁰

Из наведеног приказа тренутно важећег правног режима финансирања трошкова арбитраже од трећих лица може се закључити да је у упоредном праву овај институт уређен прилично неуједначено и фрагментарно. Општи правно обавезујући акти који се баве овим питањем се обично ограничавају на аспект (не)дозвољености овог института. Умножавање извора меког права који уређују поједине фрагменте финансирања трошкова арбитраже од трећих лица указује на потребу да се кодификацији овог института приступи свеобухватније и детаљније. Остаје, међутим, како се у теорији примећује, још увек нејасно ко ће бити први који ће се у овај посао упустити и на који начин ће приступити овом изазовном и сложеном задатку.⁴¹

IV Отворена питања у вези са применом института финансирања трошкова арбитраже од трећих лица

Неспецијализованост и непотпуност правног оквира финансирања трошкова арбитраже од трећих лица условили су постављање многих

38 Вид. Одељак 3 Смерница.

39 Текст Практичне напомене је доступан на веб-страни: <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>.

40 Вид. т. 9-11 Практичне напомене.

41 V. Frignati, 522.

још увек већим делом отворених питања у погледу примене овог института. Осим проблема који се потенцијално јавља на терену сукоба интереса и независности и непристрасности арбитра, о чему смо говорили приликом приказивања постојећег правног режима екстерног финансирања, јављају се и питања утицаја финансијера на вођење поступка (1.) и извршења арбитражне одлуке (2.), а у теорији се често истиче и да финансирање трошкова арбитраже од трећих лица доприноси порасту броја неоснованих тужби (3.).

1. Утицај финансијера на вођење поступка

Проблем утицаја финансијера на вођење арбитражног поступка у коме покрива трошкове једној од страна јавља се услед околности да одобравањем финансирања финансијер стиче интерес да се поступак оконча на за њега економски најповољнији начин. Иако сам финансијер не стиче својство странке у поступку, вођење поступка од стране корисника финансирања постаје његово улагање, па је разумљива његова заинтересованост за одлуке од којих зависи ток и исход поступка, тј. инвестиције. Кључне тачке арбитражног поступка над којима финансијер може да пожели да оствари утицај јесу избор корисниковог правног заступника у поступку, избор арбитра, одлука да ли ће се приступити поравнању и под којим условима, као и друге стратешке процесне одлуке.⁴² По својој природи, ова питања спадају у домен односа правног заступника и клијента који је странка у поступку. Међутим, премда је заступник по правилу обавезан да поступа (искључиво) у интересу свог клијента, у случају постојања екстерног финансирања ситуацију сложеном чини околност да заступник, опет по правилу, накнаду за свој рад добија од финансијера.⁴³

Чини се да постојећи упоредноправни оквир екстерног финансирања нема довољно ефикасан одговор на описани изазов. Тамо где је ово питање уређено, правила су садржана у кодексима професионалне етике адвоката са једне, односно финансијера са друге стране. Тако, на пример, Кодекс понашања адвоката у Европској унији Савеза адвокатских комора Европске уније (енгл. *Code of Conduct for Lawyers in the European Union*)⁴⁴

42 N. Landi, 99-101.

43 Charles Kaplan, „Third-Party Funding in International Arbitration: Issues for Counsel“, *Third-Party Funding in International Arbitration* (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 73.

44 Текст Кодекса понашања адвоката је доступан на веб-страни: http://www.idhae.org/pdf/code2002_en.pdf.

у тачки 2.1 прописује да ваљано испуњавање „[б] ројних дужности адвоката захтева да он буде у потпуности независан и слободан од било каквог утицаја, посебно оног који долази из личних интереса или спољног притиска“. Такође, тачком 2.7 се предвиђа да „(...) адвокат мора увек да поступа у најбољем интересу свог клијента и интересе клијента мора да стави пре својих или интереса других колега“. Са друге стране, раније поменути Кодекс понашања финансијера правозаштитних поступака Удружења финансијера правозаштитних поступака Енглеске и Велса забрањује финансијерима да предузимају кораке који би могли да доведу до тога да правни заступник клијента поступи противно својим професионалним дужностима⁴⁵ и не допушта финансијерима да утичу на правне заступнике да им препусте контролу над вођењем заступања у поступку⁴⁶.

Имајући у виду описано стање правног оквира у погледу забране утицаја финансијера на стратегију заступања у поступку и његово вођење, а нарочито одсуство обавезујућих правних норми у том смислу, у овом тренутку се чини најцелисходнијим да се наведена питања уреде уговором о финансирању трошкова арбитраже.

2. Проблем извршења арбитражне одлуке

Суштина проблема извршења арбитражне одлуке у случају екстерног финансирања везује се за ситуацију у којој корисник финансирања-тужилац није успео у спору па се тужени јавља као поверилац арбитражне одлуке у делу у којем му је досуђена накнада трошкова учешћа у поступку. Уколико је, у таквој хипотетичкој ситуацији, корисник прибегао екстерном финансирању због тога што није имао довољно средстава за самостално финансирање покретања и вођења поступка, поверилац одлуке ће се наћи у веома деликатној ситуацији – одлуку фактички неће моћи да изврши на имовини дужника одлуке (јер дужник, по претпоставци, није солвентан), а због ограничења која проистичу из субјективног домањаја арбитражног споразума неће моћи да је изврши ни на имовини финансијера, јер финансијер није странка у поступку нити је било како обавезан арбитражном одлуком.⁴⁷

Описани проблем је, у тренутку када се заиста и постави, веома тешко решити јер имовине на којој арбитражна одлука може да се извр-

45 Вид. т. 9.2 Кодекса понашања финансијера.

46 Вид. т. 9.3 Кодекса понашања финансијера.

47 N. Darwazeh, A. Leleu, 130-131.

ши једноставно нема. Зато у ситуацијама где постоји ризик од оваквог исхода треба размишљати унапред и благовремено поставити захтев за одређивањем обавезе полагања обезбеђења за накнаду трошкова поступка.⁴⁸ Иако и сам институт полагања обезбеђења за накнаду трошкова поступка у арбитражи још увек прате одређене контроверзе у погледу допуштености и оправданости,⁴⁹ чини се да је у овом тренутку то најефикаснији начин заштите интереса повериоца арбитражне одлуке.

3. Финансирање трошкова арбитраже од трећих лица као фактор пораста броја неоснованих тужби

Претходно размотрени проблем извршења арбитражне одлуке у случају екстерног финансирања даје основ тези да финансирање трошкова арбитраже од трећих лица доприноси порасту броја вексаторских поступака јер за финансијера овај облик улагања представља, како је то један арбитар упечатљиво описао, „коцкарску нирвану“⁵⁰: ако мој клијент победи – добијам, а ако изгуби – ја не губим више од оног што сам уложио. Аутори који заступају изложену тезу упориште за свој став налазе у статистичким подацима који говоре да је у јурисдикцијама у којима је допуштено финансирање трошкова арбитраже од трећих лица након укидања забране овог института дошло до упадљивог пораста броја арбитражних поступака.⁵¹

Адекватност наведеног статистичког податка као основа за извођење закључка о екстерном финансирању као стимулишућем фактору вексаторских арбитража се, међутим, чини спорном. Наиме, да би се утврдило да ли финансирање трошкова арбитраже од трећих лица заиста доприноси повећању броја неоснованих поступака није довољно само утврдити укупно повећање броја покренутих поступака. Сврха екстерног финансирања управо и јесте у томе да омогући недовољно ликвидним странкама да остваре своје право на принудну заштиту права у арбитра-

48 *Ibid.*, 131.

49 Вид. нпр. у том смислу: Otto Sandrock, „The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or the Duty of an Alien Claimant to Provide Security of the Costs of the Defendant“, *Journal of International Arbitration* No. 2/1997, 17-38; Noah Rubins, „In God We Trust, All Other Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration“, *The American Review of International Arbitration* 2000, 307-378; Weixia Gu, „Security for Costs in International Commercial Arbitration“, *Journal of International Arbitration* No. 3/2005, 167-205.

50 RSM Production Corp. v. Santa Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Santa Lucia's Request for Security for Costs, Assenting Reasons of Gavan Griffith, 13 August 2014, 13.

51 N. Darwazeh, A. Leleu, 129, са даљим упућивањима.

жном поступку, па зато пораст броја покренутих поступака сам за себе не треба узети као карактеристичан показатељ ваљаности полазне тезе. За њену проверу прикладније би било дијахронијско (пре и после укидања забране екстерног финансирања) поређење односа укупног броја покренутих поступака и броја поступака који су се завршили успехом тужиоца (потпуним или делимичним). Тек уколико би се показало да са растом броја покренутих поступака расте и проценат поступака у којима је тужбени захтев у потпуности одбијен, могло би да се говори о постојању статистичког доказа за третирање екстерног финансирања као фактора пораста броја вексаторских поступака.

Треба имати у виду и да је финансирање трошкова арбитраже од трећих лица облик улагања, па финансијери ће, као и сваки улагачи, тежити да максимизују профит који својим улагањем остварују и избегавати финансирање поступака који немају довољно велике изгледе за успех.⁵² Међутим, контрааргумент који се овом ставу може супротставити је тај да одлука финансијера у погледу улагања у финансирање неког поступка није заснована само на процени изгледа за успех. Напротив, она је резултат примене сложених правила управљања улагачким портфолијима⁵³ а то управљање, како је један аутор покушао да сликовито поједностави, може да се пореди са трагањем за нафтним извором: потребно је пробушити много рупа док се не нађе извор који ће донети богатство.⁵⁴

Из свега изложеног произлази да се утицај финансирања трошкова арбитраже од трећих лица не може са сигурношћу потврдити али ни потпуно искључити. Потребно је, дакле, имати на уму да екстерно финансирање и вексаторске тужбе могу да буду у вези, што је околност коју треба узети у обзир приликом сачињавања будућег, специјализованог правног оквира финансирања трошкова арбитраже од трећих лица.

V Закључак

Финансирање трошкова арбитраже од трећих лица представља посао који све више добија на значају у модерној арбитражној пракси. Сматра се веома корисним јер у првом реду омогућава остваривање права на принудну заштиту права странкама које, због недостатка средстава,

52 V. Frignati, 509.

53 N. Darwazeh, A. Leleu, 129-130.

54 George Kahale, „Is Investor-State Arbitration Broken?“, *Transnational Dispute Management* No. 7/2012, 33.

не би могле да воде арбитражни поступак на који су се претходно обавезале. Међутим, будући да се ради о релативно младом институту, још увек се није развио специјализован правни оквир у који би овај посао могао да се смести. Иако се непрекидно повећава број држава које укидају забрану оваквог облика финансирања, највећи и по својој суштини најзначајнији део тренутно важећих прописа којима је он уређен припада различитим изворима меког права: кодексима, упутствима, смерницама, напоменама... Не чуди, зато, да се у вези са екстерним финансирањем трошкова арбитраже постављају велика и значајна а још увек нерешена питања, како у теорији тако и у пракси. Међу тим питањима се нарочито издвајају проблеми поверљивости, сукоба интереса, утицаја финансијера на управљање заступањем у поступку и извршења арбитражне одлуке донете против корисника финансирања. Премда још увек не постоји јединствено гледиште о начину на који би финансирање трошкова арбитраже од трећих лица требало уредити, чини се прилично извесним да ће практичне потребе налагати даљи развој правила специјализованих за овај институт. Развој специјализованог правног оквира за екстерно финансирање арбитраже би требало да појача правну сигурност учесника у овом правном послу, допринесе његовом ширем коришћењу и, надамо се, смањи могућности његове злоупотребе, чиме ће интегритет целог арбитражног поступка бити додатно заштићен. Како се чини да је главни талас кодификације овог института тек пред нама, може се очекивати да ће финансирање трошкова арбитраже од трећих лица и у будућности наставити да заокупља научну и практичну пажњу и да ће још неко време бити једна од актуелнијих тема арбитражног права.

Marko JOVANOVIĆ, PhD, LL.M.

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

SALIENT FEATURES OF THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Summary

The paper addresses third-party funding as one of the recent developments in international arbitration. The author tends to explain the purpose and the importance of third-party funding, presents the rules applicable to this institute and discusses some of the theoretic and practical problems linked to the external funding of international arbitration. It appears that the most significant

pieces of legislation in this matter belong to soft law, which is seen as unsatisfactory on the long run, because soft law appears to be insufficient to guarantee the full protection of rights of all the participants in third-party funding, as well as in arbitration proceedings funded by a third party. Therefore, further development of legal framework for third-party funding in international arbitration is to be expected and desired.

Key words: *arbitration, third party funding, arbitration funding agreement, soft law.*

Др Вања СЕРЈЕВИЋ
судија Привредног суда у Нишу

НЕДОЗВОЉЕНА РАСПОЛАГАЊА СТРАНАКА ЗАХТЕВИМА У ПОСТУПЦИМА ПРЕД ПРИВРЕДНИМ СУДОМ – УЛОГА СУДА И ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА

Резиме

Предмет рада је анализа судских предмета у којима је првостепени суд спречио недозвољена располагања странака у поступку, сагласно члану 3 став 3 Закона о парничном поступку. Недозвољена располагања странака су, у анализираним случајевима, имала одлике веома снажних индикатора прања новца и коруптивних радњи органа стечајног поступка. Намера аутора је да укаже на важност транспарентности рада судова (не само тока судског поступка, већ и правилности утврђеног чињеничног стања), као и научне анализе примене права у датом случају. Закључак је да на квалитет донетих судских одлука и независност судија утиче већи број интерних и екстерних фактора, које је аутор спремна да изложи јавности у неком од наредних радова.

Кључне речи: *недозвољена располагања, прање новца, судска пракса.*

І Увод

Пракса судова Републике Србије показује да се судски поступци често користе као средство за легализацију противзаконитих аката и трансакција. Оваква пракса је, нарочито, изражена у вези са противзаконитим пословним актима и трансакцијама у привреди, поводом којих странке – недозвољеним располагањем захтевима у судском поступку пред привредним судом – покушавају и, нажалост, веома често успевају да таквим актима и трансакцијама дају судски печат легалности.

Овај чланак је покушај аутора да укаже на наведену појаву, као и на значај превентивног деловања судова, који су, према члану 3 став 3 Закона о парничном поступку, дужни да спрече недозвољена располагања

захтевима странака. Наиме, одредбом члана 3 став 3 ЗПП прописано је да је суд дужан да спречи располагања странака која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком, правилима морала и добрим обичајима.

Стручност, професионалност и независност судства, односно судија као носилаца правосудних функција, од пресудног су значаја за спречавање недозвољених располагања странака у поступку, а тиме и за заштиту државног и правног поретка Републике Србије. У раду се износе, по мишљењу и искуству аутора, неки од значајнијих примера из актуелне судске праксе, са циљем да се стручној, али и широј јавности укаже на значај проблема, као и на стање и перспективе српског правосуђа.

Структура рада је прилагођена тематској садржини описаних случајева из судске праксе привредних судова (тачније, Привредног суда у Нишу, као првостепеног, и Привредног апелационог суда у Београду, као другостепеног), уз поштовање ограничења која се односе на анонимитет странака у поступку и чињеничног стања.¹ Стога је рад подељен на наслове који одговарају изабраним тематским примерима, а то су: (II) Парнице за утврђење потраживања на основу фиктивних исправа и правних послова (као индикатора прања новца) и (III) Коруптивне радње стечајних органа и учесника у поступку продаје имовине стечајног дужника. Про-

1 Појединачни случајеви су обрађени тако да се не наводе имена странака, а изнето чињенично стање (које је нужно у анализи конкретног случаја) ограничено је на опште чињенице (не наводе се појединачне чињенице које се односе на бројеве докумената и датуме предузетих аката и радњи). Притом, неизбежно је да се странке у поступку могу препознати у описаном случају, а могуће је и то да шира јавност препозна у датом опису судски поступак који је био предмет повећане медијске пажње. Анализа судске праксе је ограничена на поступке који су решени у првостепеном и другостепеном поступку (иако можда нису нужно и правноснажно окончани). Анализа примене права у појединачном случају израз је слободе научне мисли и закључака аутора, који су подложни критици стручне јавности. У вези са тим, аутор наглашава да изнети закључци у раду произлазе из примене права на евидентне чињенице посебног случаја, а указивање на недозвољена располагања захтевима странака и учесника у судском поступку у сагласности је са границама овлашћења и дужности суда да таква располагања спречи (члан 3 став 3 ЗПП) и на њих отворено укаже у судској одлуци. Таква, недозвољена располагања су, у великом броју случајева у пракси, последица коруптивних радњи. (Корупција, у ширем смислу, представља сваки облик повреде принудних прописа или избегавање њихове примене, без обзира да ли је то учињено у намери стицања противправне имовинске користи). Научна и стручна анализа актуелне судске праксе представља важну полугу контроле и транспарентности рада судова, те је намера аутора да овим радом пружи свој скромни, али не и коначни допринос транспарентности, уз позив стручној јавности да се у тај процес активније (и слободније) укључи.

сторна ограниченост је разлог због кога ће неки други, такође битни облици недозвољених располагања у судском поступку бити предмет стручне обраде у наредним ауторским радовима.²

У оквиру сваке тематске целине, аутор аналитички износи правни став првостепеног и другостепеног суда, док се у оквиру прве тематске целине уопштено бави и проблемом терета доказивања битних чињеница, указивањем на сложеност и специфичност примене правила о терету доказивања чињеница о основу и циљу правног посла у привредним споровима.

II Парнице за утврђење потраживања на основу фиктивних исправа и правних послова (као индикатора прања новца)

У парници за утврђење оспореног новчаног потраживања према стечајном дужнику, тужилац је тражио да суд утврди да постоји његово потраживање према туженом (у износу од око ½ милиона евра), а на основу исправа (извода отворених ставки и фактура) чију је пуноважност тужени оспорио позивајући се на непостојање основа. Тужени је стечајни дужник чија је пословна документација у значајном делу уништена или скривена у периоду који је непосредно претходио отварању стечаја, тако да се у преузетој документацији не налазе исправе на које се тужилац позвао у тужби.

Првостепени суд је утврдио да приложени извод отворених ставки (као исправа о усаглашавању стања међусобних потраживања између привредних субјекта) не садржи податке о основу и висини појединачних потраживања тужиоца према туженом, већ само податке о салду (укупном износу потраживања тужиоца према туженом на одређени дан). Такође, ова исправа не садржи ни податке о личном имену и презимену лица која су је својеручно потписала у име повериоца и дужника (иако је оверена печатима правних лица), као ни податке о функцији (радном месту) коју та лица обављају у правном лицу. Увидом у приложене фактуре о промету робе и услуга, суд је утврдио да исте садрже податке о трећим лицима као добављачима – што потврђује вероватност навода туженог да се ради о роби и услугама трећих лица.³ Притом, ту-

2 Посебно су значајне злоупотребе у области јавних набавки (парнице по тужби добављача за наплату потраживања по ништавим уговорима о јавној набавци), као и у области промета непокретности (недозвољени облици промета, прања новца).

3 Фактура није довољан доказ о основу и предмету потраживања, већ је потребно да буду достављене и отпремнице, као и друге прописане исправе о кретању робе и промету робе и

жилац није изнео и доказао чињенице о односу трећих лица, као добављача робе и услуга, према тужиоцу и туженом. У вези са тим, није изнео и доказао чињенице да су испуњени услови за промену дужника (у погледу сагласности повериоца и новог дужника) преузимањем дуга, приступањем дугу или преузимањем испуњења (члан 446-453 Закона о облигационим односима, „ЗОО“), као ни чињенице да су испуњени услови и да постоји основ за стицање статуса солидарних дужника између тужиоца и туженог према трећим лицима, као добављачима, и за остваривање права на регрес. Осим ових, један број фактура се односио на закупнину, а нису садржале податке о уговору о закупу и предмету закупа (нити су уз тужбу приложени уговори о закупу, као исправе које потврђују постојање основа настанка пословне промене).

На основу утврђених чињеница, применом правила о терету доказивања, првостепени суд је закључио да тужилац није изнео и доказао чињенице о постојању основа потраживања, те је оценио да тужбени захтев представља недозвољено располагање тужиоца у поступку, сходно члану 52 ЗОО у вези члана 3 став 3 ЗПП, и донео пресуду о одбијању тужбеног захтева. Чланом 52 ЗОО је, наиме, прописано да је уговор ништав ако основ не постоји или је недопуштен, док је чланом 3 став 3 ЗПП прописано да је суд дужан да спречи недозвољена располагања странака у поступку (располагања захтевима који су супротни принудним прописима, јавном поретку и правилима морала).

Другостепени суд је укинуо првостепену пресуду, уз образложење које је објављено у електронској бази судске праксе у облику сентенце следеће садржине: „Како је законска претпоставка да одређени правни посао има основ, терет доказивања чињенице да он не постоји или да је недопуштен је на страни која то тврди.“⁴

Првостепени суд је у поновљеном поступку остао при раније донетој одлуци, налазећи за то потврду у правној логици, као и релевантним и референтним правним изворима о прању новца у промету робе и услуга (енгл. „ТВМЛ“ – *Trade-Based Money Laundering*) и примени правила о терету доказивања. Наиме, правна логика налаже да се законска претпоставка о постојању основа (који није изражен у правном послу)

услуга (иако је могуће да и те исправе буду фиктивне, а нарочито код правних послова и трансакција између повезаних лица).

4 Сентенца објављена у електронској бази судске праксе, Paragraf Lex (приступљено дана 20.02.2017. године), Решење Привредног апелационог суда, Пж 8458/2015 од 28.12.2016. године.

може односити само на грађанске правне послове (уговоре и правне радње закључене поводом грађанскоправних облигационих односа), али не и на правне послове између привредних субјеката.⁵ Привредне субјекте и правна лица, уопште, обавезује дужност вођења евиденције о насталим пословним променама, предвиђена принудним прописима из области рачуноводства (заједно са прихваћеним међународним рачуноводственим стандардима). Тачније, пословне књиге, као и рачуноводствене исправе (које служе за евиденцију пословних промена) морају садржати податке о основу настале пословне промене (продаја/куповина робе, пружање услуге, закуп, преузимање дуга, јемство, итд). Стога се случајеви непоштовања ове обавезе (неприказивањем основа у рачуноводственим исправама и пословним књигама) уобичајено у развијеним правним системима сматрају снажним индикаторима прања новца путем фиктивних правних послова и фиктивних исправа.⁶

Проистиче да примена става да се одредба члана 51 став 3 ЗОО примењује и на привредне субјекте погодује пословима прања новца стеченог нелегалним активностима, док је сам став у озбиљној колизији са принудним прописима из области рачуноводства и ревизије. Стога правна логика налаже да се законска претпоставка из члана 51 став 3 ЗОО не може примењивати на послове између привредних субјеката, па отуда у привредним споровима нема места ни примени правила о терету доказивања на страни која тврди супротно (да основ не постоји или да је недопуштен). Осим тога, правна теорија дозвољава одступање од општих правила о терету доказивања у специфичним случајевима, а посебно када се ради о доказивању тзв. негативних чињеница (што је овде случај – чињеница да не постоји основ), или када постоји значајна асиметричност положаја странака у погледу могућности приступа одређеној документацији.⁷

5 Чланом 51 став 3 Закона о облигационим односима прописано је да се претпоставља да обавеза има основ, иако он није изражен.

6 Видети: *Money Laundering Typologies, Money Laundering Case Studies*, 2nd ed., OSCE Mission to Serbia, 2015, доступно на адреси: www.apml.gov.rs/REPOSITORY/1663_money-laundering-typologies-2015.pdf, 21.02.2017.

7 Ради се о тзв. обрнутом терету доказивања (енгл. *reverse burden of proof*) у случајевима испитивања сумње о прању новца (видети: *Typologies Report on Laundering Proceeds of Organised Crime*, Council of Europe, MONEYVAL 2015(20)), као и о враћању терета доказивања на странку која има приступ документацији или специфичним подацима (енгл. *proof of fact lying within the peculiar knowledge of a party*). Видети: William M. Best, *An Exposition of the Practice Relative to the Right to Begin and Right to Reply in Trials by Jury, and in Appeals at Quarter Sessions*, London, Richards and Co., Law Booksellers, 1837, 23-24 (доступно на: <https://books.goo>

III Коруптивне радње стечајних органа и учесника у поступку продаје имовине стечајног дужника

У једном предмету стечаја (банкротства) привредног субјекта, дошло је до продаје производно-пословне имовинске целине стечајног дужника на штету разлучних и стечајних поверилаца, као и других учесника у поступку продаје непосредном погодбом. Извршена продаја последица је коруптивних радњи стечајног управника и одабраног (привилегованог) понуђача – купца, као и пуномоћника купца (адвоката) који је својим активностима значајно допринео да се таква корупција прикаже као наводно страно улагање (заправо, евидентно прање новца) и омогући политичка подршка у поступку накнадне правне заштите извршене куповине (у парници за утврђење ништавости уговора о продаји).

Наиме, овај адвокат (пуномоћник понуђача у поступку продаје имовине стечајног дужника непосредном погодбом) омогућио је наводном „страном“ инвеститору (предузећу из једне суседне земље о коме на Интернету нису били доступни никакви подаци) да за свега 15.000,00 (петнаест хиљада) динара оснивачког улога оснује предузеће у Републици Србији, и то са регистрованим седиштем у његовој адвокатској канцеларији, свега непуна два месеца пре него што је тако основано предузеће купило производно-пословну имовинску целину стечајног дужника.⁸ У поступку продаје имовине стечајног дужника, исти адвокат је иступио као правни саветник предузећа чије је седиште регистровано у његовој адвокатској канцеларији, а сачинио је и нацрт спорног уговора о продаји производно-пословне имовинске целине стечајног дужника.

Стечајни управник је, с друге стране, потпуно евидентно повредио принудне одредбе Закона о стечају које се односе на поступак продаје имовине стечајног дужника непосредном погодбом (што је утврђено на основу *prima facie* документације о продаји – одлука стечајних органа и преписке између стечајног управника и појединачних понуђача). Наиме, стечајни управник је пропустио да Обавештење о намери, плану продаје, начину продаје и роковима (даље: „Обавештење“) – достави на начин и у време који су прописани у члану 133 Закона о стечају.⁹ Тачније,

gle.com); Kevin W. Saunders, „The Mythic Difficulty in Proving a Negative“, *Seton Hall L. Rev.*, бр. 15, 1984-1985, 276.

8 Наведено предузеће, коме је стечајни управник продао производно-пословну имовинску целину стечајног дужника, назваћемо за потребе референце у даљем тексту ознаком: „X“.

9 Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС.

израђено Обавештење – супротно члану 133 став 5 тачка 4) и 5) овог закона – није садржало податке о купцу који се предлаже и продајној цени имовине. Осим тога, ово Обавештење – супротно одредби става 2 истог члана – није достављено најкасније 15 дана пре дана одржавања продаје непосредном погодбом (нити је садржало обавештење о датуму продаје), чиме је стечајни управник ускратио могућност повериоцима и осталим заинтересованим лицима (међу којима, пре свега, осталим учесницима – понуђачима) да изјаве приговор на предложену продају. Тиме је избегао могућност да стечајни судија, одлучујући о изјављеним приговорима, одложи планирану продају у смислу члана 133 став 7 Закона о стечају.

Из одредби члана 133 став 2 и члана 133 став 5 тачка 4) и 5) Закона о стечају – које су повређене у предметном поступку продаје имовине стечајног дужника – проистиче да је стечајни управник дужан да Обавештење о намери, плану продаје, начину продаје и роковима достави тек након спроведеног поступка преговарања са подносиоцима понуда, а не пре него што је тај поступак уопште и отпочео. Супротно томе, у предметном случају је Обавештење достављено пре него што је поступак преговарања отпочео (те и не садржи законом прописане обавезне елементе о предложеном купцу и предложеној продајној цени). Заправо, стечајни управник је Обавештење из члана 133 став 5 (које се односи на продају непосредном погодбом) дао у форми Обавештења из члана 133 став 4 Закона о стечају (које се односи на продају јавним прикупљањем понуда) – чиме је извршио својеврсну конфузију између ова два начина (модела) продаје имовине стечајног дужника.

Даље, стечајни управник је омогућио продају имовине привилеговањем напред наведеног предузећа „Х“, иако је други учесник у поступку истакао повољнију понуду за куповину.¹⁰ То је учинио стварањем привида да је понуда предузећа „У“ била неблаговремена, чиме је упао у замку сопствене недоследности, имајући у виду да је претходно исту понуду разматрао као благовремену и о њој обавестио одбор поверилаца.¹¹

Притом, рок за достављање понуда заинтересованих лица у поступку продаје непосредном погодбом није био означен у Огласу о про-

10 Наведено предузеће, које је истакло бољу понуду, а на чију штету је повређен поступак продаје непосредном погодбом, назваћемо за потребе референце у даљем тексту ознаком: „У“.

11 Ово обавештење одбору поверилаца о повољнијој понуди понуђача „У“ упутио је, међутим, тек на дан закључења и солемнизације уговора о продаји производно-пословне целине стечајног дужника (електронском поштом), али није чекао одлуку одбора поверилаца, већ је касније истога дана приступио закључењу уговора са понуђачем „Х“.

даји производно-пословне целине стечајног дужника, нити је Оглас садржао упозорење заинтересованим лицима о последицама пропуштања достављања благовремених понуда, већ само позив заинтересованим лицима да се обрате стечајном управнику до одређеног датума. Такав позив је у складу са природом поступка продаје непосредном погодбом, у коме не важе формалне одредбе о року достављања запечаћених писаних понуда (као у поступку продаје имовине јавним прикупљањем понуда). Тачније, позив заинтересованим лицима да се јаве стечајном управнику до одређеног дана не представља рок за достављање понуда, већ рок за изражавање заинтересованости за учешће у поступку преговарања са стечајним управником.

Стога, питање благовремености понуде тужиоца не представља релевантно питање у поступку продаје имовине стечајног дужника непосредном погодбом, већ се свака понуда која је достављена до дана израде Обавештења о намери, плану продаје, начину продаје и роковима (у смислу члана 133 став 5 Закона о стечају) – сматра благовременом. Имајући у виду да је стечајни управник, у конкретном случају, ово Обавештење доставио пре почетка поступка преговарања (уместо по окончању тог поступка) – уз напред наведене повреде принудних одредаба Закона о стечају – јасно је да је понуда предузећа „Y“ била благовремена, једнако као и измењена и од стране стечајног управника прихваћена понуда предузећа „X“ (која је након понуде предузећа „Y“ повећана тако да представља повољнију понуду).

Предметну продају одликује и одсуство одлуке одбора поверилаца о давању сагласности на продају имовине предузећу „X“ по увећаној цени из измењене понуде (која је била виша од понуђене цене предузећа „Y“) – што је неопходан услов продаје имовине стечајног дужника непосредном погодбом према Националном стандарду бр. 5 за управљање стечајном масом (када је конкретна понуда достављена од стране потенцијалног купца нижа од 50% од процењене вредности предмета продаје, што је овде случај). Постојала је, наиме, само одлука одбора поверилаца о давању сагласности стечајном управнику за продају производно-пословне имовинске целине стечајног дужника за цену из претходне понуде предузећа „X“ (која је била нижа од понуђене цене предузећа „Y“). Наведено указује да је принцип равноправности учесника у поступку продаје нарушен привилеговањем предузећа „X“, имајући у виду да је понуда предузећа „Y“ била повољнија; притом, нејасно је (и недокументовано) на који начин је предузећу „X“ допуштено да мења своју понуду (како би стекла

статус најповољније), а да таква могућност није истовремено пружена предузећу „Y“ и осталим понуђачима.¹²

У завршници описаног поступка продаје, стечајни управник је приступио закључењу уговора о продаји са привилегованим понуђачем, иако у Закону о стечају није предвиђено да се закључује уговор са најповољнијим понуђачем, већ да стечајни судија доноси решење којим се констатује да је извршена продаја и налаже одговарајућем регистру да по правноснажности решења изврши упис права својине и брисање терета насталих пре продаје – као законом прописани основ стицања својине на имовини купљеној у поступку стечаја, сагласно члану 133 став 12 Закона о стечају.¹³

Уследио је парнични поступак – по тужби предузећа „Y“ за утврђење ништавости уговора о продаји (са предлогом за одређивање привремене мере забране располагања имовином уз враћање предмета продаје у државину стечајном дужнику) – у коме је првостепени суд, без икаквих резерви, имао став да се активна легитимација тужиоца и дозвољеност тужбе и предлога за одређивање привремене мере не доводе у питање. Према датом образложењу првостепене одлуке о одређивању привремене мере, право на истицање ништавости правног посла или правне радње припада сваком заинтересованом лицу (члан 109 став 1 ЗОО). Поред тога, тужилац је у поступку стечаја имао статус заинтересованог лица за куповину имовине стечајног дужника (понуђача), из чега јасно проистиче и његов конкретни правни интерес за покретање парнице за утврђивање ништавости уговора о продаји те имовине, као и поступка за одређивање привремене мере ради привременог уређења њеног статуса и заштите. Дозвољеност предметне привремене мере и тужбе не доводи се у питање ни посебним одредбама Закона о стечају којима је прописано да се продаја може оспоравати само од стране поверилаца стечајног дужника, приговором стечајном судији на обавештење стечајног управника о извршеној продаји (члан 133 став 9 Закона о стечају). Ово из разлога што је сам стечајни управник одступио од законом прописаног поступка про-

12 Индикативно је и то да је измењена понуда предузећа „X“ само незнатно премашила понуду предузећа „Y“.

13 Све напред означене повреде принудних одредби Закона о стечају, као и активности пуномоћника привилегованог понуђача, представљају веома снажне индикаторе прања новца (енгл. *red flag indicators of money laundering*). Видети: *Money Laundering Typologies, Money Laundering Case Studies*, 2nd ed., OSCE Mission to Serbia, 2015, 9; *Typologies Report on Laundering Proceeds of Organised Crime*, Council of Europe, MONEYVAL 2015(20), 57.

даје имовине стечајног дужника непосредном погодбом и, као што је напред наведено, сопственим коруптивним радњама спречио заинтересована лица да изјаве приговор на предложену продају, а стечајног судију да (у случају оправданости приговора) одложи продају и наложи му предузимање корективних радњи.

Међутим, другостепени суд је – у одлуци о преиначењу првостепеног решења о одређивању привремене мере – изразио став да првостепени суд није правилно ценио дозвољеност тужбе са овако предложеном привременом мером. Према датом образложењу, „правни пут оспоравања законитости продаје је подношење жалбе на решење стечајног судије којим се констатује да је извршена продаја имовине стечајног дужника и одређен упис права својине у корист купца, а што произлази из одредби члана 133 став 12 Закона о стечају, а у вези члана 45 став 1 истог закона; то, даље, значи да се законитост спроведене продаје коначно цени у поступку по жалби на решење стечајног судије; правни лек је и приговор на извршену продају у складу са чланом 133 став 9 Закона о стечају, те стечајни судија у складу са чланом 18 Закона о стечају одлучује о приговору на предложену продају и извршену продају. Из наведеног следи да се законитост предметне продаје цени у стечајном, а не у парничном поступку, што јасно произилази из одредби члана 18, 132 и 133 Закона о стечају; идентично правно становиште садржано је и у пресуди Врховног касационог суда Прев 238/13 од 03.07.2014. године.“¹⁴

IV Закључак

Заштита државног и правног поретка зависи од спремности судства да спречи недозвољена располагања странака у поступку, која за циљ имају легализацију противзаконитих правних аката и радњи. У при-

14 Решење Привредног апелационог суда, 2 Пж 6405/15 од 21.10.2015. године. Као што је у опису случаја наведено, радњама стечајног управника онемогућено је заинтересованим лицима да поднесу приговор на предложену продају. Такође, до дана подношења тужбе није било донето решење стечајног судије којим се констатује да је продаја извршена. То решење је донето у току парничног поступка за утврђење ништавости уговора о продаји, а жалба одбора поверилаца против решења стечајног судије је одбијена, чиме је стечајни поступак несметано настављен и, у међувремену, закључен. Првостепени парнични поступак по тужби за утврђење ништавости уговора о продаји је окончан решењем о одбацивању тужбе (применом напред наведеног става другостепеног суда о недозвољености тужбе, као правноснажно решеног претходног питања). Одлука по жалби тужиоца против тог решења још увек није донета до дана завршетка овог рада (31.03.2017), иако је од дана подношења жалбе и достављања предмета другостепеном суду прошло више од годину дана.

вредним споровима, таква располагања су често у вези са прањем новца и корупцијом. Анализирани случајеви интуитивно указују на системске и кадровске недостатке правосудног система Републике Србије, који – путем разноврсних интерних и екстерних фактора – утичу на квалитет и стручност донетих судских одлука. Аутор изражава спремност да те недостатке аналитички изложи јавности у неком од наредних радова.

Vanja SERJEVIĆ, PhD
Commercial Court of Niš

ILLEGAL PARTIES' CLAIMS IN COMMERCIAL COURT PROCEEDINGS – THE ROLE OF THE COURT AND THE BURDEN OF PROOF

Summary

The paper's subject is the legal analysis of cases in which the first-instant commercial court dismissed illegal parties' claims that were based on the strong red-flag indicators of trade-related money laundering, as well as on the corruptive practices of bankruptcy practitioners. The aim of the author is to emphasize the role of judicial transparency, pertaining to procedure, but also to fact-checking and scientific case-analysis by legal scholars. The author concludes that the quality and independence of the first-instant courts' reasoning and decisions are significantly bounded by many internal and external factors of influence (which she plans to expose and analyse in one of her succeeding articles).

Key words: *illegal claims, money laundering, judicial practice.*

Бранка БАБОВИЋ, LL.M. (LMU Munich)

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

О УВОЂЕЊУ ГРУПНЕ ТУЖБЕ АНГЛОСАКСОНСКОГ ТИПА У ПРАВА ДРЖАВА ЧЛАНИЦА ЕУ*

Резиме

Групна тужба по моделу *class action* је инструмент колективне заштите интереса грађана у парничном поступку најразвијенији у праву САД. Ипак, у европскоконтиненталном правном подручју је разматрано увођење овог института како би се у појединим областима права управноправна и судска заштита употпунила и колективном заштитом у парничном поступку. У појединим правима земаља чланица ЕУ је тужба слична овој уведена, али у другачијем облику него што је то случај у САД. Приликом разматрања увођења ове тужбе у права земаља чланица су се јавила како процесноправна, тако и правосудно-организациона питања чије разматрање је предмет и овог рада.

Кључне речи: групна тужба, начело контрадикторности, регулаторно право, колективна заштита у парничном поступку.

I Увод

Групна тужба по моделу *class action* је развијена у праву САД као механизам заштите у парничном поступку и то не само колективних интереса.¹ Овој врсти тужбе се не може оспорити могућност остваривања и регулаторне функције која је у нашем праву поверена органима управе.² Управо у циљу који се остварује групном тужбом по моделу *class action*, али и других механизма колективне заштите, лежи корен одупирања

* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ који се реализује на Правном факултету Универзитета у Београду 2017. године.

1 Бранка Бабовић, „Захтев да се уклони опасност од штете - процесни аспекти“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 154-167.

2 Татјана Јованић, „Управноправна заштита потрошача“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, бр. 2/2013, 180-196.

европскоконтиненталних правних система увођењу инструмената колективне заштите права и интереса у парничном поступку. Неретко европскоконтинентални правници сматрају да заштита колективних права и интереса у парничном поступку не би била адекватна у оним правним системима који имају разгранату надлежност државне управе, односно да иако јесте, поједина друштва, најпре она у транзицији с обзиром на друштвене прилике, не могу кроз примену оваквих процесних механизма остварити адекватне циљеве.

Ипак, механизми заштите колективних права и интереса грађана су данас већ уобичајени на европском правном подручју. Један од тих механизма је групна тужба по моделу *class action*. Отпор увођењу групне тужбе по моделу *class action* је још већи него отпор увођењу других механизма заштите колективних права и интереса, тамо где тог отпора има. Разлог за то се неретко налази у томе што се ова врста тужбе за коју модел налазимо у праву САД³ не уклапа у начела парничног процесног права неких европскоконтиненталних земаља. Ипак, земље европскоконтиненталне правне традиције су временом уводећи институте колективне заштите имплементирале и институте сличне групној тужби по моделу *class action*, таман толико модификоване да буду уклопљени у процесна права тих држава.⁴ Увођење тих различитих модалитета групне тужбе по моделу *class action* су пратиле процесноправне дилеме, дилеме везане за организацију правосуђа и судијску функцију у оним правним системима у којима је или разматрано увођење ових врста тужбе или су оне у модификованом облику већ уведене.

II Заштита колективних права и интереса у парничном поступку у Европи

Западноевропске земље су уводиле институте колективне заштите права и интереса грађана у парничном поступку у своја законодавства најпре ограничавајући се на оне који не обухватају могућност подношења захтева за накнаду штете, већ само негативних кондемпнаторних или деклараторних захтева. На тај начин омогућено је субјектима који су овлашћени на заштиту колективних права и интереса грађана да, у области заштите права потрошача врше регулаторну функцију.

3 Савезна правила о парничном поступку (енгл. *Federal Rules of Civil Procedure*), чл. 23.

4 В. доле.

Тако је у европскоконтинентално право уведен низ различитих инструмената колективне заштите права и интереса у области потрошачког права, заштите корисника финансијских услуга, заштите од дискриминације, еколошког права и у другим областима у којима колективна заштита у парничном поступку надопуњује заштиту у управном поступку, али и онда када се јавља потреба за заштитом колективних права и интереса⁵ који позитивноправно нису заштићени у управном поступку.

Тако су механизми колективне заштите скројени нпр. у области заштите права потрошача ради допуне регулаторне улоге коју органи управе у појединим областима материјалног права имају. Тако је у немачком праву у области заштите права потрошача развијен институт организационе тужбе (*Verbandsklage*),⁶ док је посебно ради заштите колективних интереса корисника финансијских услуга креиран је институт организационе модел тужбе (*KapMugG*)⁷ који би на најадкватнији начин ефикасно заштити права грађана у тој области.

Неретко се инструменти колективне заштите могу пронаћи и у антидискриминаторском законодавству. У српском праву је то ретка област у којој је преостала законска могућност за примену организационе тужбе. Тако је чланом 46, став 1. у вези са чланом 43, став 1. тачка 1, 2, 3. и 5. Закона о забрани дискриминације⁸ предвиђено да тужбе из тога члана могу поднети Повереник за заштиту људских права и организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица. Из члана 46, став 2. произлази да подношење тужбе од стране наведених субјеката подразумева овлашћење на подношење организационе тужбе, осим када се ради о повреди права искључиво одређеног лица у ком случају је потребан његов пристанак у писменом облику. Међутим, примена ове тужбе није заживела у судској пракси српских судова.

Није заживела ни примена одредбе члана 43, став 3. у вези са ставом 1. Закона о равноправности полова⁹ којом је предвиђена не само могућност подношења негативног кондемнаторног захтева, већ и захтева за накнаду штете од стране синдиката или удружења чији су циљеви везани

5 О појму колективних права и интереса вид. Миодраг Јовановић, „Општи поглед на концепте“, *Колективна права и позитивна дискриминација у ставноправном систему Републике Србије* (ур. Миодраг Јовановић), Београд, 2009, 15-16.

6 Немачки Закон о тужбама на пропуштање (нем. *Unterlassungsklagengesetz*).

7 Gesetz über Musterverfahren in Kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten.

8 *Службени гласник РС*, бр. 22/2009.

9 *Службени гласник РС*, бр. 104/2009.

за унапређење равноправности полова. Уколико су наведени субјекти овлашћени на подношење тужбе за накнаду штете, намеће се закључак да они више нису овлашћени само на подношење тужбе за заштиту колективних права и интереса грађана, већ и на заштиту суме индивидуалних интереса. Оваква одредба, усамљена у нашем правном систему одудара од свих досадашњих начина прописивања механизма заштите колективних права и интереса грађана у виду организационе тужбе која је била у форми организационе тужбе, али којом је могло да се захтева само деклараторна или негативна кондемпнаторна заштита, док подношење захтева за накнаду штете није било предвиђено.¹⁰ Подношење захтева за наканду штете није искључено код организационих тужби у упоредном праву, али та накнада неретко не би била у висини одштете, већ би било реч о симболичној накнади која се досуђује како би се или „наградило“ удружење које је поднело тужбу за заштиту колективних права и интереса грађана као што је то случај у Француској, како би новац био уплаћен за унапред тачно одређену јавну сврху на рачуне министарства као што је то случај у Грчкој,¹¹ док у поступку по групној тужби америчког права је могуће тражити и казнену одштету коју европска права не познају.

Наш законодавац није предвидао ни једну одредбу која би ограничила, прецизирали или на било који други начин посебно уредила питање захтева за накнаду штете код организационе тужбе поднете по основу одредаба овог закона.

III Дилеме о увођењу института групне тужбе по моделу *class action* у континентално право

Из напред наведеног је јасно да су поступци за заштиту колективних права и интереса грађана постали део позитивног права земаља европскоконтиненталног правног подручја. Међутим, приликом њиховог увођења јавиле су се дилеме од којих неке важе како за увођење било ког механизма колективне заштите, тако и за увођење групне тужбе по моделу *class action*, док су друге везане специфично за групну тужбу у оном облику у коме она постоји у праву САД.

Ни један од горе наведених института заштите колективних права и интереса грађана није по својој правној природи групна тужба по моде-

10 Такав је био случај и у Закону о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 73/2010, као и у Закону о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011.

11 Више о организационој тужби вид. Б. Бабовић (2015), 157.

лу *class action*, већ се по својој правној природи могу сматрати организационим или њима сличним тужбама.

Поставља се питање да ли уопште има потребе за увођењем других института колективне заштите и проширивањем опсега колективне заштите права и интереса грађања. Наиме, циљ увођења нових парничних процесних института као средстава за заштиту колективних права и интереса грађана би морао бити оправдан одсуством или неадекватном заштитом постојећим правним механизмима. Додатно, морали би управо такви нови механизми да буду подесни у постојећем правном и друштвеном окружењу. У европском праву се поставило питање да ли је групна тужба онаква каква постоји у праву САД адекватна за заштиту у земљама чланицама ЕУ.

Групна тужба по моделу *class action* је тужба која се подноси у случајевима прописаним законом¹² који обухватају и случај у коме се класа формира на критеријуму да чињенично или правно питање заједничко члановима групе (*class*) доминантније у односу на било које питање које се тиче само појединаца и да је управо парнични поступак по групној тужби у конкретном случају ефикаснији механизам заштите тих права у односу на остале механизме. Поред тога, она се може поднети и у осталим законом прописаним случајевима при чему тужба која би била поднета не мора бити негативна кондемпнаторна или деклараторна тужба, већ је могуће поднети и тужбу за накнаду штете.

Кључно питање које се поставља даље је који субјекти могу бити овлашћени на заштиту колективних права и интереса грађана и да ли заштита суме индивидуалних интереса резултира одговарајућим регулаторним ефектом, да ли смањује трошкове поступка и да ли је механизам који је подложнији злоупотребама него што су то постојећи механизми у нашем правном систему.

Чак иако би одговор на тако постављена питања био позитиван поставило би се питање да ли је организација правосуђа таква да омогућава вођење оваквих поступака, па у крајњој линији да ли је и каријерни пут судија у неким правним системима такав да је усмерен на отварање

12 У САД на федералном нивоу чланом 23. Савезних правила о парничном поступку (енгл. *Federal Rules of Civil Procedure*).

могућности решавања спорова поводом захева који нису везани само за заштиту колективних права и интереса грађана.¹³

Свакако битно питање је како би такав механизам колективне заштите био уклопљен у постојеће важеће процесно право имајући у виду како је у европском праву регулисано претходно сношење трошкова парничног поступка и плаћање адвокатских услуга имајући у виду да систем наплате адвокатских услуга „на проценат“ зависно од успеха у поступку омогућава адекватно финансирање трошкова поступка не само по групној тужби, већ сваког оног поступка који се покреће по тужби лица које не штити само своје индивидуално право и интерес. Како у земљама континенталне праве традиције то није дозвољено, одређене специфичности поступка за заштиту колективних права и интереса грађана би се могле огледати увођењем правила да у поступку за заштиту колективних права и интереса грађана питање претходног сношења трошкова могуће регулисати кроз ослобађање од плаћања судских такси за ове врсте поступка, плаћање адвоката из јавних фондова,¹⁴ али би свакако таква регулација негативно утицала на ефикасност групних тужби имајући у виду да је њихово подношење остављено приватној иницијативи, док би ипак бољи ефекат био остварен уколико би оваква регулација постојала код организационе тужбе код које су већ унапред одређени субјекти овлашћени на подношење те врсте тужбе.

У другим, нама сличним правним системима, се јавила дилема која се може применити и код нас. Да ли организација правосудног система може да гарантује правилно остваривање циљева колективне заштите механизмима колективне заштите. Наиме, свака парница за заштиту колективних права и интереса која је предвиђена да би подразумева креирање јавних политика у одређеној области.¹⁵ Не можемо не поставити питање да ли је организација нашег и нама сличних правосудних система таква да омогућава парничне поступке у којима долази, не само до одлуке о индивидуалном праву и интересу грађана, већ и до креирања јавних политика. Сам каријерни пут судије који није стицао никакво друго искуство исим оног у суду и који сав посао обавља сам, па чак и кад има сараднике јер њихова сарадња се не састоји у тимском раду, већ у расподе-

13 Alan Uzelac, „Why No Class Actions in Europe? A view from the side of dysfunctional justice systems“, *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice* (eds. V. Harsagi, C. H. van Rhee), Cambridge, 2014, 66.

14 Harald Koch, „Die Verbandsklage in Europa“, *ZfP*, 2000, 4. свеска, 424.

15 А. Узелац, 66.

ли посла на део који обавља судија и део који обављају судијски сарадници, није сличан начину рада америчког судије који поступа у парницама по групној тужби.¹⁶ Наиме, у САД сама каријера судије подразумева другачије претходно радно искуство судије, другачије него у земљама бивше СФРЈ, а сама правосудна организација је другачија и прилагођенија не само квалитативно, него квантитативно администрирању таквих поступака.

Ипак, ово становиште иако исправно постављено не може се прихватити без довођења у везу са ограничењима које законодавац поставља онда када уско одреди могућност подношења тужбе за заштиту колективних права и интереса и тиме заправо сузи опсег деловања судије. Тако је за подношење захтева за забрану неправичних уговорних одредаба сагласно Закону о заштити потрошача из 2010. године¹⁷ било овлашћено удружење у поступку по организационој тужби. Поступак по таквом захтеву не би могао битно да одудара од поступка по индивидуалној тужби. Ипак, уколико би разматрали увођење неорганизоване тужбе са законом одређеним врстама захтева који се могу поденти, већ и групне тужбу онако како је предвиђена у праву САД онда би овај аргумент свакако добио на значају, а доношење одлуке по тужбеном захтеву би заиста било битно различито од доношења одлуке по захтевима о којима судије свакодневно одлучују у поступку по индивидуалним тужбама.

Групну тужбу, каква постоји у САД, односно њено увођење у право континенталних земаља, прате и процесноправне дилеме које су израженије него код других механизма колективне заштите. Тако је упитно да ли се ова врста тужбе може успешно уклопити у права европскоконтиненталне правне традиције имајући у виду да парнични поступак у овим земљама с обзиром на двостраначку природу поступка.¹⁸ Код групне тужбе у САД на једној страни у иницијалној фази поступка постоји неограничен број лица.

Поред ове, јавила се и дилема у примени основних начела парничног процесног права, поготово начела обостраног саслушања странака које је једно од основних начела¹⁹ парничног поступка и једно од најстари-

16 А. Узелац, 66-67.

17 *Сл. гласник РС*, 73/2010.

18 Georg Kodek, „Kollektiver Rechtsschutz gegen Diskriminierung“, *Europäisches Insolvenzrecht, Kollektiver Rechtsschutz* (ed. Peter Gottwald), Köln, 2008, 252.

19 Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, 6. издање, Београд, 2012, 165.

јих²⁰ начела парничног поступка. Не може се, наиме, одлучивати о правима уколико се онима којих се то право тиче не омогући изјашњавање.²¹ Један од разлога због којих је дуго одбијано увођење ове групне тужби у правни систем европскоконтиненталног права је био тај да групна тужба по моделу *class action* каква се примењује сагласно чл. 23 Савезних правила о парничном поступку САД може створити дилему око начина на који лица о чијим се правима и интересима одлучује стичу сазнање о томе да је парнични поступак покренут. Затим поставило се питање њиховог адекватног обавештења о вођењу поступка и прилике да се изјасне да ли у том поступку²² желе да учествују или не.

Управо из тог разлога је у земљама европског правног подручја уведен другачији систем приступања групи него што је то случај у САД. Тако је у шведском праву, уместо *opt out* уведен систем *opt in*. Наиме, према Савезним правилима о парничном поступку САД чланство у групи се стиче покретањем поступка односно тако што чланови групе постају сви они потенцијални тужиоци који се нису изричито изјаснили да то не желе. С друге стране, у Шведској је то другачије и групом бивају обухваћени само они који су за то изричито оптирала. Субјективне границе правноснажности пресуде донете у поступку по овој тужби и дејство *res judicata* које би таква пресуда у правним поретцима европскоконтиненталног права имала је основни разлог за противљење увођењу групне тужбе у права европских земаља.²³

Такође, приликом увођења механизма заштите колективних права и интереса грађана треба водити рачуна и о остваривању права на тужбу и права странке да диспонира тужбеним захтевом. Ово питање је значајно не само у иницијалној фази поступка, већ и у каснијим фазама у сваком погледу у ком се примењује начело диспозиције странака у парничном поступку. Поред тога, начело обостраног саслушања странака такође мора бити гарантовано кроз адекватно заступање чланова групе.

20 Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, 17. издање, Београд, 2015, 173.

21 Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 173.

22 Axel Halfmeier, Philip Wimalasena, „Rechtsstaatliche Anforderungen an Opt-out-Sammelverfahren: Annerkennung ausländischer Titel und rechtspolitischer Gestaltungsspielraum“, *JZ*, бр. 13/2012, 431.

23 Ashurst Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative report, август 2004, доступно на адреси: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, 1.4.2017.

IV Увођење групне тужбе англосаксонског типа у права држава чланица ЕУ

У европским земљама су уведени различити механизми заштите колективних интереса, неретко посебно скројени за поједине области материјалног права како би остварили унапред прецизно дефинисан циљ због кога се постојећи инструменти правне заштите надопуњују инструментима колективне заштите у парничном поступку.

У неким правима су инструменти колективне заштите креирани у оквиру општег парничног поступка тако да се могу примњивати на различите области материјалног права. Такав је случај у хрватском праву.²⁴ Хрватски законодавац наводи, примера ради, области у којима се може поступати по тужби за заштиту колективних права и интереса грађана, али оставља отвореним да то буде случај и у другим областима предвиђеним законом. Овим се још једном имплицира карактер ових врста тужбе који подразумева да оне могу бити поднете само онда када се у одређеној области материјалног права јавила потреба за увођењем нових механизма правне заштите. Као што хрватски законодавац не ограничава опсег примене инструмената колективне заштите, то није чинио ни српски законодавац онда када је за кратко време важења одредаба о заштити колективних права и интереса грађана предвиђених Законом о парничном поступку из 2011. године – ЗПП.²⁵ Српским законом, међутим, нису ни примера ради били одређене области материјалног права у којима може доћи до примене организационе тужбе. Наведене одредбе ЗПП-а су биле на снази до доношења Одлуке Уставног суда РС ИУз. 51/2012 од 23. маја 2013. године²⁶ којим су те одредбе стављене ван снаге. Један од разлога због којих је Уставни суд ове одредбе ставио ван снаге је управо била неодређеност области у којима се оне могу применити. Уставни суд је, међутим, ту замерку видео као одсуство дефиниције колективних права и интереса.²⁷

У оба случаја, у земљама бивше СФРЈ, реч је о организационој тужби, а не о групној тужби по моделу *class action*.

24 Глава 32. Закона о парничном поступку Републике Хрватске ступила на снагу Законом о изменама и допунама Закона о парничном поступку Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 57/11.

25 *Службени гласник РС*, бр. 72/2011.

26 *Службени гласник РС*, бр. 49/2013.

27 Одлуке Уставног суда РС ИУз. 51/2012 од 23. маја 2013, *Службени гласник РС*, бр. 49/2013.

У оквиру ЕУ се ради на увођењу инструмената колективне заштите у области: заштите права потрошача, права конкуренције, еколошког права, заштите података о личности, финансијских услуга и инвестиционог права.²⁸ То су области у којима је Европска комисија нашла да има потребе за увођењем нових механизма правне заштите, поред постојећих гарантованих у управном поступку или у парници за заштиту индивидуалних права и интереса. Препорука 2013/396/ЕУ говори о пружање заштите како претанак незаконитог понашања, али и за накнаду штете при том не дефинишући о каквој врсти је реч, али искључујући казнену одштету.

У земљама европскоконтиненталне правне традиције, органи управе су традиционално ти који су позвани да регулишу области које би се могле поистоветити са јавним интересом. Одредбама новог Закона о заштити потрошача²⁹ заштита колективних интереса потрошача је поверена органима управе.³⁰ Али, у области антидискриминационог законодавства и у нашем праву је и даље присутна организациона тужба и то, према Закону о равноправности полова и као тужба са захтевом за накнаду штете. Такође, у другим земљама континенталне правне традиције у оквиру ЕУ су присуни различити механизми заштите колективних права и интереса грађана укључујући организациону тужбу, организациону модел тужбу, модел случај,³¹ али ретко групну тужбу.

Комисија ЕУ Препоруком 2013/396/ЕУ не искључује могућност подношења колективне тужбе по моделу *class action*, али препоручује да буде по моделу *opt in* и да се не финансира на начин који иначе није дозвољен у европскоконтиненталним системима тако што ће финансирање зависити од износа на који је постигнуто поравнање или досуђена накнада, осим у врло ретким специфичним ситуацијама.³²

У земљама немачко-аустријског права и права бивших југословенских република која се у многеме угледају на горе наведени правни круг

28 EU Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU), *Official Journal of the European Union*, L 201/60, 26.7.2013.

29 *Службени гласник РС*, бр. 62/2014.

30 Закон о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2014, чл. 146. О оправданости поверавања заштите колективних интереса потрошача органима управе вид. Т. Јованић, 180-196.

31 Више о томе вид. Б. Бабовић (2015), 159.

32 EU Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU), *Official Journal of the European Union*, L 201/60, 26.7.2013.

није уведен институт групне тужбе по моделу *class action*. Ипак, у неким другим земљама ЕУ је дошло до увођења овог института.

Тако је у Италији, 2013. године у области заштите права потрошача уведена могућност подношења групне тужбе по моделу *class action*. На подношење тужбе овлашћени су потрошачи, физичка лица која не поступају у оквиру обављања своје пословне делатности. Тачно је одређено у којим областима може бити поднета ова врста тужбе и углавном је то заштита права потрошача, али поред тога и у другим областима као што је остваривање захтева везаних за пензијско осигурање. Циљ овакве тужбе је, не само да постигне заштита колективних интереса потрошача, већ и накнада штете односно повраћај датог.

Међутим, за разлику од ове врсте тужбе у САД у Италији је уведен тзв. *opt in* систем по коме потрошач односно корисник услуге постаје странка у поступку само ако се посебним поднеском изјасио за учешће у групи на страни тужиоца и уз то приложио доказе који га легитимишу на такво учешће, постаје странка у поступку и субјективне границе правноснажности пресуде се протежу и на то лице. Друга лица која нису благовремено оптирала да постану део групе, нису обухваћена субјективним границама правноснажности пресуде и могу поднети нову тужбу против истог туженог, али не и нову групну тужбу.

У италијанском праву је колективна заштита пружена и у другим областима права: антидискриминационо право, имиграционо право, па и у области радног права.³³

Италија није једина тужба која је увела ову врсту тужбе, али је једна од првих која је то учинила у областима које су шире од заштите конкуренције.³⁴

V Закључак

Разматрање увођења групне тужбе по моделу какав постоји у англосаксонском праву у земље континенталне правне традиције рефлектује бројне разлике у процесним правима као што је питање начела пар-

33 E. Silvestri, „Class action in Italy: Great Expectations, Big Disappointment“, *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice* (eds.V. Harsagi, C. H. van Rhee), Cambridge, 2014, 199.

34 О увођењу механизма колективне заштите у области права конкуренције вид. Ashurst Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative report, 2004, доступно на адреси: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, 1.4.2017.

ничног поступка и дејства пресуде. Поред тога, сама организација правосуђа у појединим земљама, такође, утиче на то да се оправдано може поставити питање да ли би увођење овакве врсте тужби било оправдано. Реч је о институту који није лако уклопљив у наш правни систем и додатно ствара дилему око тога да ли би у постојећим друштвеним околностима могао да оствари сврху која му је намењена. Наиме, приликом евентуланог разматрања увођења механизма колективне заштите у виду групне тужбе англосаксонског типа у српско право треба имати у виду друштвене околности, искуство са подношењем популарне тужбе,³⁵ као и организацију правосуђа, не само у погледу људских, већ и техничких ресурса како ова врста тужбе не би довела до евентуланих злоупотреба.

Branka BABOVIĆ, LL.M. (LMU Munich)

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

INTRODUCTION OF CLASS ACTION IN THE MEMBER STATES OF EU

Summary

Class action is mechanism of collective redress developed in the USA and transplanted to the law of several EU countries. However, the transplant of class action in EU law undergone same modifications in order to fit this legal transplant in the laws of the EU countries. The modifications were needed due to the differences in procedural rules, organization of judiciary as well as the different aspects of the law in which the class action is to be applied. Transformation of Serbian law and society is the reason that possible introduction of collective redress mechanisms other than organizational claim in Serbian law would need an extra view from the transitional point.

Key words: *class action, audiatur et altera pars, regulatory, collective redress.*

35 Више о томе вид. Б. Бабовић (2015).

Кристина АНЂЕЛИЋ

виши стручни сарадник на Универзитету у Нишу

студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Нишу

ИНВЕСТИЦИОНЕ АРБИТРАЖЕ КАО МЕХАНИЗАМ ГЛОБАЛНОГ УПРАВЉАЊА

Резиме

*Инвестиционе арбитраже се трансформишу из *inter partes* модела за решавање спорова у механизам са елементима међународног јавног права. Кроз инклузију ових елемената, инвестиционе арбитраже постају хибридни процес који спаја две функције: решавање спора и оцена регулаторних активности држава. Кроз исход спора којим се одређује компензација за инвеститора, препознаје се индиректни покушај утицања на понашање држава и будуће опредељење њихових политика и мера. Суштински се преузимање таквог мандата инвестиционих арбитража опредељује као концепт глобалног управљања. Рад приказује теоријске основе овог концепта кроз пример Аргентине, објашњавајући их кроз механизме за решавање спорова у оквиру ICSID-а. Аргентина је као пример изабрана, јер је типични представник држава које су из економске кризе упале у такозвану „инвестициону кризу“. Кроз анализу аргентинског примера, опредељује се значај овог концепта и за нашу државу.*

Кључне речи: *инвестиционе арбитраже, регулаторне активности држава, глобално управљање.*

І Значај инвестиционих арбитража

Закључивање инвестиционих споразума је израз идеје о потреби заштите имовине странаца, што је основ за привлачење страног капитала у форми страних директних инвестиција. Део тих споразума, по правилу чини и уговарање међународних форума за решавање спорова. Традиционално, закључивање БИТ-а са арбитражном клаузулом се посматрало

као настојање државе да створи повољну инвестициону климу. ICSID¹ као арбитража која институционализује држава – инвеститор модел за решавање спорова, представник је управо оваквог приступа. Настао је да би промовисао економски развој кроз међународну сарадњу,² односно, кроз пружање неутралног механизма за ефикасно остваривање права која настају поводом алокације страног капитала.

Суштински, систем који се изградио у оквиру ICSID-a је започео развој од принципијелне идеје да имовину странаца треба заштитити од могуће нелегалне експропријације.³ Међутим, изграђујући се кроз специфичности инвестиционих односа, његова улога се данас описује као обезбеђивање заштите инвеститора од могуће штете која би настала приликом вршења јавних овлашћења државе, што је знатно шире поимање домета надлежности ICSID трибунала. Уговарање надлежности ICSID-a се може схватити као акт државе којим се она одриче дела свог суверенитета да би успоставила арбитражу као механизам кроз који се процењује регулаторна активност и моћ државе.⁴ На тај начин, кључни аспект инвестиционих арбитража уопште, па и ICSID-a, постаје преношење приватног концепта комерцијалног арбитража спорова у област јавног права.⁵

II Јавно-правни елементи у ICSID-у

Арбитраже за решавање инвестиционих спорова су се развиле из модела комерцијалних арбитража, надограђујући га стално специфичностима природе инвестиционих односа. Међутим, како се, с правом, у литератури истиче, инвестиционе арбитраже се удаљавају од својих зачетака и мењају карактер.⁶ Посматрано са аспекта предмета спорова, оне су опредељене као хибридан процес у коме се сучељавају две различите функције: решавање спора и стипулисање вредности од јавног значаја. Инвестиционе арбитраже се кроз ту фузију улога померају из домена приватног права у домен јавног међународног права.

1 Основан 1965. године Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: *ICSID* Конвенција).

2 Наведено у Преамбули *ICSID* Конвенције.

3 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*, 29.2, 2014, 408.

4 Van Harten Gus, Martin Loughlin, „Investment treaty arbitration as a species of global administrative law“, *European Journal of International Law*, 17.1, 2006, 142.

5 G. Van Harten Gus, M. Loughlin, 126.

6 Noemi Gal-Or, „The concept of appeal in international dispute settlement“, *European Journal of International Law*, 19.1/2008, 58.

За опредељење ICSID-a као инструмента који спада у домен јавног права, од значаја су следећи елементи:

1. Заснивање надлежности закључивањем инвестиционог споразума, као акта који држава предузима поступајући у капацитету *de juri imperii*. Јурисдикција проистиче из генералне сагласности државе да се подвргне арбитражи за решавање неодређеног и неизвесног броја будућих спорова. Према томе, овлашћење арбитраже проистиче директно из акта вршења јавне власти.⁷ Тиме се ствара основ за употребу инвестиционе арбитраже као елемента контроле, односно преиспитивања јавних овлашћења државе.

2. Инвестициони споразум поводом чијег кршења настаје спор, редовно укључује стандард фер и правичног третмана (енгл. „*fer and equitable treatment*“).⁸ Овај стандард утиче на начин на који држава уређује правни оквир под којим је инвестиција учињена. У литератури се истиче да барем пет елемената чине материјалну садржину овог стандарда: 1) стабилност, правна предвидивост и конзистентност правног оквира; 2) заштита легитимних очекивања инвеститора; 3) обезбеђивање правичног процеса за инвеститоре; 4) транспарентност; 5) примена теста пропорционалности.⁹ Ових пет елемената који су садржани у стандарду фер и правичног третмана се у националним системима препознају као суб-елементи владавине права. Тиме се даље потврђује идеја да се кроз инвестиционе споразуме уводе елементи јавног права.

3. Циљеви које треба да обезбеди исход спора.¹⁰ У инвестиционим арбитражама страни која добије спор се увек додељује одређени износ надокнаде штете. Компензација нема казнени карактер и тиме се опредељује као инструмент наглашено приватно-правног карактера, са *inter partes* ефектом. Међутим, посматрано са аспекта циља који треба да се постигне

7 G. Van Harten, M. Loughlin, 141.

8 Susan D. Franck, „The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions“, *Fordham L. Rev.*, 6p. 73/2004, 1523.

9 Benedict Kingsbury, Stephan W. Schill, „Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law“, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 146, 2009, 10.

10 Michael Farchakh, Reflections on Investor-State Arbitration as Global Governance, Paris-Est Créteil Val-de-Marne University, 2014-2015, доступно на адреси: https://www.researchgate.net/publication/301806452_Reflections_on_Investor-State_Arbitration_as_Global_Governance?enrichId=rgreq-cfcff309-d63c-4556-97dd-26bfe89de9ed&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMwMTgwNjQ1MjtBUzozNTc3ODY0MjE2MTI1NTBAMTQ2MjMxNDMzODQxMw%3D%3D&el=1_x_2, 04.05.2016, 13.

покретањем спора, може се говорити о јавно-правним елементима исхода спора. Наиме, покретање спора треба да има ефекат обесхрабтивања државе у спровођењу политика и мера које су супротне гаранцијама дружених инвеститорима посредством инвестиционих споразума. Овакав индиректни покушај утицаја на понашање држава, спада у домен јавног права.

4. Двојаки карактер неиспуњења одлуке коју је донео ICSID трибунал. Најпре, неизвршењем одлуке се крши обавеза према другој страни у спору, у чију корист је одлука донета. Међутим, надлежност ICSID-а за решавање спора, поред осталих услова, заснива се на околности да је покренут против државе потписнице.¹¹ Дакле, заснива се на чињеници чланства које се стиче приступањем Конвенцији. Због тога се сматра да неизвршење одлуке има и карактер кршења међународне обавезе према другим државама потписницама.¹² Тиме се дејство решења спора преноси из сфере односа страна у спору, на однос одређене заједнице која је креирана чланством у ICSID-у. У томе се и у овом домену препознају јавно-правни елементи.

III Последице инклузије јавно-правних елемената у ICSID систем

Експанзија јавног интереса у ICSID систему је определила схватање инвестиционих арбитража као манифестацију концепта глобалног управљања (енгл. „*global governance*“).¹³ Његова суштина се огледа у могућности утицања на понашање држава, односно утицања на начин на који креирају своје политике и спроводе регулаторна овлашћења.

Посматрано кроз призму одредби у ICSID систему, може се направити паралела са националним системима. У домаћим легислативама, административно право се сагледава као могућност да се на иницијативу појединца врши контрола предузетих аката власти. ICSID Конвенција легитимацију за покретање спора против државе домаћина додељује инвеститору, као појединцу. Кроз тумачење одредби инвестиционог споразума чије кршење је предмет спора, трибунали коментаришу и процењују акте државе које предузима у капацитету суверена. Доношењем одлуке у корист инвеститора, трибунали имплицитно утичу на даље активности државе, јер мере које предузима мора одредити према донетој одлуци,

11 ICSID Конвенција, чл. 25.

12 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, 1-22, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2115553>, 10.04.2016, 4.

13 G. Van Harten, M. Loughlin, 127.

уколико не жели да буде одговорна за даље компензације инвеститора који послују на њеној територији.

IV Примена теоријског концепта глобалног управљања на примеру Аргентине

Као пример из праксе ICSID трибунала и *ad hoc* комитета који потврђује овакву теоријску поставку биће приказани такозвани „*Argentine Gas Cases*“.¹⁴ Ради се о случајевима који су се водили против Аргентине, а везани су за инвестиције у гасној индустрији. Ови случајеви су нарочито погодни за анализу, јер су базирани на готово истом чињеничном стању, везани су за регулаторне активности државе у време економске кризе и приказују како су кроз изношење правних схватања трибунали фактички проширили своју улогу. У „*Argentine Gas Cases*“ спадају следећи случајеви: *CMS*,¹⁵ *ENRON*,¹⁶ *SEMPRA*¹⁷ и *LG&E*.¹⁸

Аргентина је почетком деведесетих година отворила гасну индустрију за приватне компаније, дајући приватном сектору дозволе за рад у области транспорта и дистрибуције природног гаса. Тако је гасна индустрија Аргентине постала одредиште страних инвестиција. На основу овог економско-политичког подухвата аргентинске владе, бројни инвеститори, укључујући *CMS*, *ENRON*, *SEMPRA* и *LG&E* компаније (све из САД), стекли су значајне власничке уделе у домаћим фирмама које су добиле дозволе за рад у овој области. Опредељујући фактори за прилив иностраног капитала, није била само атрактивност ове гране индустрије, већ и створена инвестициона клима, која је, између осталог, подразумевала обећање аргентинске владе да неће укинути, нити на други начин изменити издате дозволе за рад и услове пословања.¹⁹

Током деведесетих година, аргентинска привреда је уживала поверење страних инвеститора и уследио је прилив страног капитала у об-

14 Назив случајева дат према: Elizabeth Martinez, „Understanding the Debate over Necessity: Unanswered Questions and Future Implications of Annulments in the Argentine Gas Cases“, *Duke J. Comp. & Int'l L.*, бр. 23/2012, 149-186.

15 *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8).

16 *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/3).

17 *Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16).

18 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1).

19 E. Martinez, 153.

лику инвестиција, али у доброј мери и у облику зајмова аргентинским компанијама и појединцима. Међутим, крајем деведесетих до 2002. године, економска криза у Аргентини је кулминирала. Монетарна политика по којој је вредност аргентинског пезоса била чврсто везана за вредност америчког долара, показала се неодрживом. Курс није пратио захтеве тржишта па је аргентински извоз постао неконкурентан, гурајући земљу у рецесију. Економија је слабила и страни инвеститори су губили поверење, што је водило одливу страних фондова и банкарској кризи. Аргентина је дошла у позицију да није у могућности да врати зајмове страним кредиторима. Као одговор на кризу у држави, аргентинска влада је увела непопуларне мере, које су довеле многе компаније и до банкрота. Такође, и у гасној индустрији, криза је резултирала у укидању бројних прописа који су погодвали инвеститорима.

Пол Кругман описује наслове у новинама током преговора о аргентинском дугу, који су гласили: „Аргентина поручује кредиторима: па, тужите нас“.²⁰

То се и десило.

Мере које је предузела Аргентина као одговор на решавање економске кризе биле су повод за покретање арбитражних поступака пред ICSID-ом у „*Argentine Gas Cases*“. Инвеститори су у овим случајевима тврдили да Аргентина није испоштовала своју обавезу очувања повољне инвестиционе климе, чиме је повредила одредбе билатералног инвестиционог споразума закљученог између Америке и Аргентине. Трибунали су у овим случајевима донели одлуке у корист страних инвеститора. То је довело Аргентину у изузетно неповољну ситуацију, поготову у периоду опоравка економије од кризе. Чак постоје предвиђања да неће бити у могућности да исплати одређену одштету. Тиме је Аргентина стављена у парадоксалну ситуацију, у којој мере које је предузела ради опоравка домаће привреде из кризе, воде у још веће финансијске обавезе.

У свим наведеним случајевима, одбрана Аргентине се базирала на такозваној нужној одбрани (енгл. „*necessity defence*“). Суштина ове одбране је у томе да економска криза ескулпира државу за предузете мере, јер је очување националног интереса и социјалног мира у таквим околностима примарна брига државе. Према схватању Аргентине, *necessity defence* има правни основ у два различита извора права:

20 Пол Кругман, *Повратак економије депресије и светска криза 2008.*, Смедерево, 2010, 102-104.

1. у међународном обичајном праву кодификованом у Нацрту правила о међународној одговорности држава за противправне акте Комисије за међународно право Уједињених нација, али и

2. у билатералном инвестиционом споразуму закљученом између Америке и Аргентине.

Када је у питању САД-Аргентина БИТ, члан XI садржи одредбу да тај уговор неће преклудирати ниједну страну уговорницу да примени мере нужне за одржавање јавног реда, испуњавање обавеза у погледу очувања или одржања међународног мира и безбедности, или мере нужне из сопствених есенцијалних безбедносних разлога (енгл. „*Non Precluded Measures*“).

Описане околности указују да се у „*Argentine Gas Cases*“ могу идентификовати две врсте проблема која треба размотрити. Оне су опредељене природом питања која су разматрана приликом решавања спора и околностима у којима су спорови настали. Једна група питања је правне природе, а друга политичке.

Питања која су у основи правне природе почивају на разликама у схватању трибунала и *ad hoc* комитета о односу између различитих извора права, односно тумачења приоритета њихове примене на конкретне случајеве. Ради се о односу у примени између члана 25. УН Нацрта правила о одговорности држава и члана XI САД-Аргентина БИТ-а („*Non Precluded Measures*“). „*Argentine Gas Cases*“ нуде палету могућих тумачења о томе који је извор права требало применити и којим редоследом. Одлуке које су донете у овим случајевима се значајно међусобно разликују. Пример су неконзистентности у одлучивању и несавршености ICSID система у погледу заштите коју пружа уколико дође до погрешне примене права.

Питања која су политичке природе, односе се на разлике у схватањима о стандардима за примену института *necessity defence* на који се Аргентина позива. То подразумева процену економске стварности Аргентине, што обавезно укључује и социјалну димензију.

Суштински, кроз сагледавање домета примене специфичних одредби БИТ-а, односно међународног обичајног права, трибунали, а затим *ad hoc* комитети, разматрали су допуштеност и оправданост предузетих мера Аргентине за сузбијање економске кризе. Односно, утврђивањем да ли је дошло до повреде права инвеститора, трибунали су дали квалификацију и оцену регулаторних активности државе, које су превасходно биле уперене ка очувању државних, односно националних јавних интереса.

Овлашћења трибунала су тиме проширена од решавања спора и примене одговарајућих извора међународног права, на коментарисање и категоризацију озбиљности економске кризе у Аргентини, као и могућих начина за излазак из те ситуације. Практично, трибунали су преузели улогу за индиректно наметање решења за уређивање питања као што су привредни систем државе, економска и монетарна политика, и слична питања која традиционално спадају у ексклузивни домен суверене власти државе. Овакав начин поступања арбитража се у литератури обележава као преузимање ауторитета за доношење одлука које се суштински сматрају панданом одлукама државне власти.²¹

Описани механизам у ICSID-у ефективно претвара арбитражни начин решавања спорова у форму глобалног управљања.²² Због тога се истиче да никада раније међународно право није уживало такав ауторитет над сувереним овлашћењима држава.²³

V Суверене државе и концепт глобалног управљања

Исход описаних спорова у „*Argentine Gas Cases*“ је наметање Аргентини да плати компензацију инвеститорима. Они су описани као пример због историјско-економске позадине из које су настали и због тога што су илустративни показатељи инкорпорирања концепта глобалног управљања у поступање ICSID трибунала. Још јасније се може схватити овај концепт као *modus operandi* трибунала ако се узме у обзир да има више од 40 захтева који су страни инвеститори покренули пред ICSID-ом против Аргентине. Већина ових случајева резултира из мера предузетих као решење за излаз из кризе са почетка 21. века. Процењује се да уколико Аргентина изгуби ове случајеве, прете јој компензације у износу од стотине милијарди долара.²⁴ Могући финансијски терет као исход спорова показује да мере које је држава предузела нису биле компатибилне са схватањима, односно очекивањима међународне заједнице.

Од каквог значаја је то за Аргентину, односно за суверене државе уопште? Наравно, поред обавезе да исплати додељене одштете инвеститорима.

21 G. Van Harten, M. Loughlin, 126.

22 M. Farchakh, 13.

23 Montt Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, 2012, 15.

24 Kasenetz Eric David, „Desperate Times Call for Desperate Measures: The Aftermath of Argentina's State of Necessity and the Current Fight in the ICSID”, *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 6p. 41/2009, 710.

У пракси се показује повећан број захтева за поништење одлука, на основу члана 52. ICSID Конвенције. Ово се опредељује не само као правно већ и политичко-стратешко опредељење Аргентине, јер тиме продужује период до доношења коначне одлуке и утврђивања износа компензације.

Даље, постају актуелна правна схватања која се посматрају као поновно рађање Калво докторине.²⁵ Наиме, члан 54, став 3. ICSID Конвенције прописује да за извршење одлуке важе прописи о извршењу пресуде који су на снази у држави на чијој се територији тражи извршење. Прописи Аргентине омогућавају домаћим органима да процењују да ли су одлуке чије се извршење тражи сагласни јавном поретку државе. Уколико нису, може се одбити извршење.

Даље, у праву Аргентине постоји хијерархија у погледу извора права. Према томе, међународни споразуми имају примат примене у односу на домаће прописе. Међутим, Устав је највиши правни акт у држави и консеквентно има већу правну снагу и од међународних докумената. Сагласно томе, да би нека међународна одлука могла да се изврши на територији Аргентине, она мора бити у складу са основним принципима које штити устав државе. Домаћи органи морају да поступају као чувари уставног поретка државе, према томе, морају да одбију извршење одлуке која би била противна овом правном акту.

Процењује се да ће Аргентина остати усамљена у оваквој интерпретацији одредби ICSID Конвенције и обавези извршења донетих одлука.²⁶ Покушај ескивирања извршења одлука посредством специфичног тумачења одредби ICSID Конвенције, нарушава међународни рејтинг Аргентине. То је од кључног значаја за будућа партнерства и прилив капитала у ову државу. Поред тога, учесталост захтева за поништење одлука се може посматрати и као злоупотреба примене овог правног инструмента. Тиме се нарушава ауторитет овог ICSID-а и његов смисао као форума за решавање спорова, као и склопљених инвестиционих споразума уопште. Социјални легитимитет ICSID-а би се таквим односом према извршењу одлука трајно и системски нарушавао, јер би постао арбитар без моћи.²⁷

25 Калво доктрина носи назив према аргентинском правном теоретичару Карлосу Калву. Према овој доктрини, као изразу правног национализма, надлежност за решавање инвестиционих спорова се може поверити искључиво локалним органима државе домаћина, јер се то сматра унутрашњим питањем државе на чијој територији инвеститори обављају пословне активности. Ова доктрина је била прихваћена од стране држава Латинске Америке.

26 Е. Kasenetz, 742.

27 *Ibid.*

На овај начин концепт глобалног управљања долази до пуног изражаја. Исходи спорова и начин на који се оцењује свеукупно понашање Аргентине, почев од мера које су довеле до њиховог настајања, све до пост-арбитражног периода, показује да међународна заједница очекује да Аргентина промени начин руковођења насталом ситуацијом.

Necessity defence је увек нужно везана за околности сваког појединачног случаја, међутим, одређивање домета њене примене је од општег значаја за међународну заједницу. Ово питање опредељује схватање о слободи државе да на својој територији предузме мере у циљу контроле одређених ванредних околности. У случају Аргентине, то је била тешка економска ситуација. Јасно је зашто одговор на то питање има глобалне размере, ако узмемо у обзир да је 2008. године дошло до светске економске кризе. Стање светске економије је и даље нестално. То је околност која означава могућност да бројне државе, циљна места иностраног капитала, могу предузимати мере којима ће тангирати интересе инвеститора. Основано је поставити питање да ли ће им то бити дозвољено и у којој мери, или ће начин да се изађе из кризе довести државу у још веће финансијске обавезе по основу додељених компензација у инвестиционим споровима. Даље, питање регулаторне слободе државе у контексту очувања права инвеститора, од значаја је не само у време кризе. Поставља се питање да ли држава, због закључења инвестиционог споразума треба да буде ограничена да се бави питањима неинвестиционог карактера, због бојазни од губитка у спору. Такође, питање за дискусију је и да ли држава генерално има права да на својој територији мења прописе, самим тим и услове у којима се реализује инвестиција. Или, једном уговорени стандарди третмана треба да воде у такозвани *regulatory freeze*, иако економски интерес инвестиције, по правилу, може да буде дугорочан.

Пред ICSID трибунале и *ad hoc* комитете се поставља задатак инкорпорирања политичких питања у правна разматрања за решење спора између две стране. Политичка питања дају тежину споровима и додатно оптерећују антагонизам супротстављених интереса између државе домаћина и инвеститора. Без обзира што немају чисто правни карактер, та питања су од суштинског значаја за очување социјалног легитимитета ICSID система.

VI Закључна разматрања

Уговарање надлежности међународног форума за решавање инвестиционог споразума значи допуштање апстрактној сили глобалног управљања да руководи регулаторним овлашћењима државе. У том смислу, ар-

битражне клаузуле постају политичко-стратешко опредељење, јер нису искључиво од значаја за економске ефекте привлачења страног капитала. При том, овај концепт се значајно разликује од других манифестација међународне оријентације државе. Приликом приступања некој међународној организацији, каква је, рецимо, Светска трговинска организација, већ постоји установљен сет правила, којима се држава свесно подвргава и у намери да своју легислативу њима уподоби. У случају утицаја арбитражних одлука на креирање правног оквира државе, нема организованог, планског прилагођавања, већ обликовања понашања на *ad hoc* основи.

Трибунали у оквиру ICSID-а не функционишу као стална тела, већ се посебно образују за сваки појединачни случај. Арбитри су различитих националности, што нужно укључује могућност да одређена национална правна традиција обликује правна схватања и рад у оквиру међународног панела за решавање спора. Даље, ICSID трибунали приликом решавања спорова примењују на хиљаде различитих билатералних инвестиционих спорова. Консеквентно, може се говорити о систему у коме не постоје основне институционалне гаранције конзистентности одлучивања и кохерентности система. То се показало и кроз одлуке трибунала у „*Argentine Gas Cases*“. Ако нема правне предвидивости, односно ако држава у систему за решавање спорова, који посредно утиче и на њене регулаторне активности и политике којима остварује и неинвестиционе интересе, нема елемената на основу којих може да формира легитимна очекивања, не постоји ни адекватно окружење у коме може да планира дугорочне развојне циљеве.

Република Србија је потписница ICSID Конвенције. Пратећи опредељење да створи повољну инвестициону климу како би привукла страни капитал у облику страних директних инвестиција, закључила је низ билатералних споразума о узајамном подстицању и заштити инвестиција, који редовно укључују надлежност ICSID-а за решавање спорова. До сада, покренуто је пет случајева против Србије. Свакако да још увек Аргентина предњачи, али је време да се опредељивању инвестиционе политике приступа са опрезом.

Концепт глобалног управљања омогућава да држаоци регулаторних овлашћења буду одговорни за мере које спроводе као носиоци суверенитета. Међутим, држава не носи одговорност само према међународној заједници, већ и према националним интересима. Због тога, да би овај концепт био одржив и од интереса за државу, потребно је да се обез-

беди и механизам за одговорност арбитра који су на себе преузели улогу да оцењују акте државе.²⁸

Инвестициони споразуми које државе закључују треба ревидирати. Уместо уношења типских одредби, које су редовно уређене тако да садрже термине широког значења, треба да буду одраз стварних циљева државе од свеукупног националног значаја. Такође, треба да буду и одраз стварне намере државе о степену суверенитета кога жели да се одрекне у корист међународног форума за решавање спорова. Само тако се може говорити о легитимитету донетих одлука.

Kristina ANĐELIĆ

PhD student at the Faculty of Law University of Niš

INVESTMENT ARBITRATION AS MECHANISMS OF GLOBAL GOVERNANCE

Summary

Investment arbitration is transformed from inter partes model for dispute resolution to a mechanism with elements of international public law. Through the inclusion of these elements, investment arbitration is becoming a hybrid process that combines two functions: dispute resolution and evaluation of State regulatory activity. An indirect attempt to influence the behavior of states and their future policy orientation can be recognized through awarding compensation to the investor while commenting and evaluating activities of the State. This defines investment arbitration as a mechanism of global governance. This paper presents the theoretical basis of this concept using the example of Argentina, by explaining them through mechanisms for resolving disputes within the ICSID. Argentina was chosen as an example because it is a typical representative of the countries that went from economic crisis to the so-called "investment crisis". Analysis of the Argentine case, defines the relevance of this concept for Serbia.

Key words: *investment arbitration, State regulatory activity, global governance.*

28 M. Farchakh, 8.

Радмила КРСТИЋ

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ БЕЗАНИ ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА ПОВЕРИОЦА ПРЕМА НАСЛЕДНИЦИМА ДУЖНИКА У ПАРНИЧНОМ И ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Резиме

За наследнике је често питање нијетета да плате оставиоцеве дугове, па и онда када они превазилазе вредност активе заоставштине у ком случају облигациони однос између наследника и повериоца престаје добровољним испуњењем. Са друге стране, постоје и они наследници који ће покушати да избегну одговорност и оном имовином коју су наследили у ком случају ће поверилац морати да затражи интервенцију суда ради реализације свог потраживања.

У овом раду размотрићемо положај наследника и повериоца у парничном и извршном поступку и делотворност правних средстава која повериоцу стоје на располагању како би остварио намирење својих потраживања.

Смрт дужника може бити разлог само за краће прекиде судске делатности, али никако узрок који дугорочно или чак трајно онемогућава повериоца да оствари своја права. Зато оставински поступак мора постати ефикасно средство за превазилажење блокаде која је настала у правним односима смрћу дужника, а у парничном и извршном поступку морају се пронаћи ефикасни процесни механизми којима би се на најмању могућу меру svela могућност злоупотребе овлашћења наследника и избегавање његове одговорности.

Кључне речи: *одговорност наследника, смрт дужника, парнични поступак, извршни поступак.*

I Уводне напомене

У току живота свако лице стиче обавезе из различитих правних односа. Одређене обавезе може да испуни искључиво дужник и то због природе саме обавезе која је настала с обзиром на личност дужника или због специфичности правног односа у коме се налазе дужник и поверилац (обавезе *intuitu personae*). Због овакве природе обавезе *intuitu personae* престају смрћу дужника. Ипак, њихов престанак не угрожава функционисање правног промета, како због тога што је њихов број сразмерно мали, тако и што често сами повериоци немају интереса да ове обавезе изврши неко други до лично дужник. Са друге стране, постоје обавезе у којима је имовински моменат доминантан, а личност дужника од другоразредног значаја. Ове обавезе су најбројније и функционисање правног промета подразумева настанак и испуњавање ових обавеза. Повериочев примарни интерес је да испуњење обавезе произведе одређени позитивни имовински ефекат на његову имовину. У овом случају је најбитније испунити обавезу, а не ко ће је испунити. Зато, да би се обезбедила правна сигурност,¹ правни континуитет и правичност, потребно је да неко преузме обавезе лица које је преминуло.

II Наследник који одговара за дугове

Наше право као и друга права која егзистирају у духу традиције континенталних правних система прихватају непосредну универзалну сукцесију као основно начело наследног права. Непосредна универзална сукцесија значи да наследник, без икаквих посредника, улази у оставиочева права и обавезе који су подобни наслеђивању. Одговорност наследника за дугове оставиоца је последица како начела универзалне сукцесије, тако и начела правичности, као врховног начела у праву. Дајући предност једном или другом од ова два начела, правни системи су пронашли различита решења по питању обима одговорности наследника за ове дугове.²

1 Вид. Слободан Сворцан, *Наследно право*, Крагујевац, 2009, 194; Дејан Ђурђевић, „Стечај над заоставштином“, *Право и привреда*, 1-3/2012, 10.

2 Систем потпуне одговорности наследника за дугове оставиоца (одговорност *ultra vires hereditatis*), систем вредносно ограничене, али предметно неограничене одговорности (одговорност *pro viribus hereditatis*) и систем потпуно ограничене одговорности наследника (одговорност *cum viribus hereditatis*). Више о системима одговорности наследника за дугове оставиоца вид. Наташа Стојановић, *Наследничка заједница*, Ниш, 2009, 89-92.

У праву Републике Србије наследник у погледу наследивих права иступа у свему као оставилац, док се у погледу обавеза овај положај разликује јер је одговорност наследника ограничена. Закон о наслеђивању прописује да наследник одговара за оставиочеве дугове до висине вредности наслеђене имовине,³ што би значило да до те вредности наследник одговара као за своје личне имовинске обавезе, док преко тог износа његова одговорност престаје.

Наследник који се одрекао наслеђа не одговара за оставиочеве дугове,⁴ јер постоји фикција да никад није ни постао наследник. За наследника који се одрекао наслеђа у корист другог лица, сматра се да је дао позитивну наследничку изјаву о прихватању наслеђа, а да је затим уступио наследни део. Овај наследник остаје солидарно одговоран са осталим санаследницима и то за износ који је примио и уступио другом лицу. Упркос томе, судови најчешће лица која су се одрекла наслеђа у корист других не оглашавају наследницима иако су ова лица формално постала наследници.⁵

За дугове оставиоца може да одговара и Република Србија која је позвана на наслеђе, ако оставилац нема других законских наследника или ако је завештањем одређена за наследника. За разлику од других наследника, Република Србија, ако наслеђује као последњи законски наследник, се не може одрећи наслеђа.⁶ Разлог оваквог законског решења је обезбеђење правног континуитета и правног следбеништва иза сваког умрлог лица.

Република Србија је најчешће позвана на наслеђе када се законски или тестаментални наследници одрекну наслеђа на презадуженој зао-

3 Закон о наслеђивању - ЗН, *Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 одлука УСРС и 6/2015, чл. 222.

4 ЗН, чл. 223.

5 „У пракси, у изреци решења о наслеђивању, уобичајено је да се као наследник не именује лице које се, у смислу члана 216. Закона о наслеђивању, одриче наслеђа (иако је и то лице наследник), нити се у изреци решења констатује одрицање од наслеђа, већ да се то чини само у образложењу решења, и ако би правилно поступање налагало да се у изреци решења о наслеђивању као наследник именује лице које се одриче наслеђа и затим да се констатује, такође, у изреци решења, одрицање од наслеђа у корист одређеног наследника, јер то, као правна чиниеница, може бити значајно код евентуалног раскида уговора о поклону, утврђивању пореских обавеза, одговорности за дугове и у другим случајевима.“ Вид. Решење Округног суда у Ваљеву, Гж. 1347/2006 од 20.12.2006. године.

6 ЗН, чл. 21.

ставштине, чиме избегавају да учествују у било којим поступцима по том основу.⁷

1. Одговорност наследника пре давања наследничке изјаве

Иако се наследником постаје моментом смрти оставиоца, коначно стицање наследничког својства, а самим тим и одговорност за дугове, зависи од дате наследничке изјаве. О проблему одговорности за дугове наследника који није дао наследничку изјаву правна теорија је одавно расправљала.⁸ Овај теоријски и практични проблем су поједина права решила кроз институт лежеће заоставштине (*hereditas iacens*).⁹ Лежећа заоставштина постоји од тренутка делације па до изјаве наследника о пријему наслеђа (римско право). Ради се о правној фикцији да заоставштину „држи“ оставилац све док не пређе на наследника. Након што заоставштина пређе на наследника, стицање делује унатраг као да је уследило тренутком смрти оставиоца.¹⁰ У аустријском праву, лежећа заоставштина постоји од момента оставиоачеве смрти па до уручења заоставштине наследнику (до доношења одлуке оставинског суда о преносу заоставштине на наследника). Оваква заоставштина представља правно лице које је имала права и обавеза из заоставштине и које стога има положај странке пред судом.¹¹

Наше право не познаје правну фикцију лежеће заоставштине, већ користи другу правну фикцију. Ако се наследник одрекне наслеђа, његово наследно право престаје као да га никад није стекао, што значи да негативна наследничка изјава делује *ex tunc*.¹² Дакле, наследник постаје одговоран за дугове моментом смрти оставиоца, али уколико да негативну наследничку изјаву, нити постаје наследник, нити остаје одговоран за дугове оставиоца.

7 Јелена Аћимовић, „Република Србија као законски наследник и нека спорна питања везана за одговорност Републике Србије као наследника за дугове оставиоца“, *Билтен републичког јавног правобранилаштва*, бр. 2/2011, 45-55.

8 Eisner Bertold, „Nekoliko pitanja nasljednog prava i postupka u ostavinskim stvarima s obzirom na Zakon o nasljeđivanju“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3-4/1955, 189.

9 Вид. Оливер Антић, *Наследно право*, Београд, 2009, 44.

10 Čedo Rajačić, *Teorija nasljeđivanja kao pravne ustanove*, doktorska disertacija, Zagreb, 1956, 37.

11 Bernhard Eccher, *Erbrecht*, Wien-New York, 2002, 2; Armin Ehrenzweig, Winfried Kralik, *System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4. Buch: *Das Erbrecht*, Wien, 1983, 28. Нав. према: Д. Ђурђевић (2012а), 10.

12 Nikola Gavella, Vlado Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, 102.

Наведеним правним фикцијама право покушава да реши колизију начела непосредности наслеђивања са начелом диспозитивности у погледу права прихватања или неприхватања наследства.¹³ Наследно право се темељи на начелу добровољности, а не обавезности наслеђивања, због чега се и одговорност за обавезе оставиоца може конституисати само према лицима која су се у оставинском поступку прихватила наслеђа. Да би овај период неизвесности што краће трајао, законом су установљене одређене претпоставке (прећутни пријем наслеђа) и прописане забране, а све у циљу да би правни поредак што пре добио дефинитивног универзалног сукцесора оставиоца.¹⁴

Да ли то значи да поверилац оставиоца који поднесе тужбу против наследника који се још није примио наслеђа ризикује да му тужбени захтев буде одбијен због недостатка пасивне легитимације на страни туженог, уколико наследник да негативну наследничку изјаву? Да ли тужилац у току поступка, након што је сазнао за одрицање од наслеђа туженог, може да као туженог означи наследника на кога је наследни део након одрицања прешао, те да ли таква промена у означавању туженог представља субјективно преиначење тужбе или не?

Да би субјективно преиначење тужбе произвело дејство и лице које ступа у парницу и лице које иступа из ње морају да дају пристанак за преиначење.¹⁵ Сагласност првобитно туженог је потребна, јер субјективно преиначење претпоставља прећутну изјаву о повлачењу тужбе за коју је потребна сагласност туженог. Сагласност новог туженог је потребна, јер прима парницу у стању у коме се она налази, са свим преклузијама које су дотад настале и резултатима до којих је довело учествовање првобитно туженог у расправљању.¹⁶ Уколико таквог пристанка нема, субјективно преиначење се неће дозволити и парница ће се окончати према првобитно туженом, који се захваљујући негативној наследничкој изјави сматра да никад није постао наследник. Тужилац, са друге стране, може да покрене нову парницу у којој ће тужити лице које се наслеђа примило након одрицања првобитно позваног наследника, али ће истовремено

13 Č. Rajačić, 39; N. Gavella, V. Belaj, 29-30.

14 ЗН, чл. 214, 217. и 219. и Закон о ванпарничном поступку - ЗВП, *Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88, *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45/2013 - др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 - др. закон, чл. 115.

15 Закон о парничном поступку - ЗПП, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014, чл. 201.

16 Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 2004, 428-429.

сносити штетне последице прве изгубљене парнице, као што су трошкови парничног поступка, који често превазилазе вредност самог предмета спора. Такође, потраживање повериоца у међувремену може да застари. Овакав приступ проблему не доприноси ефикасном решавању спорног односа и представља погодно тло за злоупотребе од стране наследника. Процесноправно гледано постоји жива парнична странка (лице које је примарно позвано на наслеђе), док је исто лице у материјалноправном односу, сходно правној фикцији, умрло пре оставиоца и уместо њега се на том месту налази друго лице (или друга лица).

Не треба испустити из вида да је наследник тужен у својству правног следбеника оставиоца, а не за своју личну обавезу. Лице које је наслеђе стекло, након што је наследник првобитно позван на наслеђе дао негативну наследничку изјаву, је такође правни следбеник оставиоца. И пре и после означавања новог туженог у парници се утврђује да ли постоји дуговање оставиоца (а не наследника) и одлучује да ли постоји одговорност наследника за одређену обавезу. Ова одговорност не зависи од личних особина наследника и од редоследа његовог позивања на наслеђе, већ само од вредности наследног дела. Овај процесни проблем би се у парници могао решити констатуисањем правне фикције да постоји правно следбеништво између наследника који је први позван на наслеђе и наследника који су након његовог одрицања од наслеђа позвани на наслеђе. За разлику од материјалног права као време фиктивне смрти не би се узело време пре смрти оставиоца, него време давања негативне наследничке изјаве. Наследници, који ступају на место наследника који је дао негативну наследничку изјаву, не би само стекли одговарајући део заоставштине који би припао првопозваном наследнику, него би ступили и у његов процесни положај у који је дошао као претпостављени наследник оставиоца.¹⁷ Тиме би објективни елементи процесноправног односа остали неизмењени, а промена би захватила само његове субјекте. Због свега напред наведеног сматрамо да у овом случају нема места пружању посебне процесне заштите (у виду услова који се захтевају за субјективно преиначење) оним лицима која мимо редовног тока ствари остварују одређену корист, односно наслеђују део заоставштине. Поред тога, да би се дозволило субјективно преиначење тужбе потребна је и сагласност првобитно туженог, чиме би начин окончања парнице зависио од воље лица које се упу-

17 „Субјективне преинаке нема када на мјесто првобитног туженика у парницу ступа његов сукцесор у спорном правном односу ако би и против њега дјеловала правоћност пресуде донесене у парници у којој би до краја судјеловао.“ S. Triva, M. Dika, 427.

стило у парницу, упркос томе што је намеравало да да негативну наследничку изјаву. Овакво поступање би било крајње несавесно и као такво не заслужује заштиту. Због свега наведеног налазимо да би решавање овог процесног проблема мимо одредаба о субјективном преиначењу било целисходније и правичније.

Ипак, имајући у виду садашњу формулацију Закона о парничном поступку, место за шире тумачење одредбе о субјективном преиначењу тужбе, готово да не постоји тако да верујемо да судови неће одступити од њих.

Давањем позитивне наследничке изјаве стиче се несумњиво и неопозиво наследничко својство. Ипак, наследни удео наследника зависи од наследничких изјава и осталих лица која су позвана на наслеђе. Тек када сви наследници дају наследничку изјаву, знаће се ко су наследници и колики су њихови удели у заоставштини, а од чега на крају зависи и обим њихове одговорности.¹⁸

Из тих разлога сматрамо да је у оставинском поступку и онда када га је потребно прекинути, целисходно пре тога узети наследничке изјаве свих наследника позваних на наслеђе.¹⁹

2. Одговорност наследника чије наследничко својство није утврђено правноснажним решењем о наслеђивању

У свакој парници у којој је тужбени захтев усмерен према наследнику, као правном следбенику оставиоца, потребно је разрешити питање пасивне легитимације наследника. Да би неко лице, у својству правног следбеника, било пасивно легитимисано у парници потребно је да је оставилац био дужник тужиоца, као и да је тужени постао наследник оставиоца.

Из разлога правне сигурности оправдано је чекати правноснажност решења о наслеђивању, јер њиме поверилац доказује ко су наслед-

18 „Наследници оставиоца солидарно одговарају за дугове оставиоца па и за штету коју је оставилац проузроковао трећем лицу, до висине вредности својих наследних делова, само ако су се прихватили наслеђа и кад је утврђен део са којим учествују у наслеђивању заоставштине оставиоца.“ Вид. Одлука ВСС Гж 3018/75 ЗСОП, ПРИС. Наведено према: Илија Бабић, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 2013, 642.

19 Имајући у виду да је за несметано вођење судских поступака често управо битно утврдити ко је наследник и са којим уделом, у немачком праву постоји институт наследничког уверења (*Erbschein*) којим суд потврђује да је неко лице постало наследник и која је величина његовог наследног дела, без упуштања у питања састава и вредности заоставштине. (пар. 2353. Немачког грађанског законика). Више о наследничком уверењу вид. Д. Ђурђевић (2012б), 71-93.

ници оставиоца, са коликим уделом и на ком делу заоставштине. На овом становишту стоји и део судске праксе.²⁰

Међутим, у оваквим случајевима увек се поставља питање колико поверилац мора да чека на правноснажност решења о наслеђивању да би покренуо поступак, јер његово доношење није увек брз и једноставан процес? Наиме, догађа се да се оставински поступак, иако се по закону покреће по службеној дужности, уопште не покрене, да дуго траје или да буде прекинут због упућивања учесника на парницу, за које време потраживање повериоца лако може да застари.

Ако није донето правноснажно решење о наслеђивању, поверилац као тужилац сноси ризик уколико се до окончања поступка покаже да тужени није постао наследник, већ да су то постала нека друга лица. Уколико оставински поступак не буде окончан до окончања парнице, парницу треба завршити претпоставком да ће лице за које су испуњени законски услови да постане наследник и бити оглашено за наследника оставинским решењем. Наслеђивање је право које следује по закону, односно по вољи оставиоца, па је поверилац у обавези да учини вероватним наследничко својство неког лица, док је на туженом лицу терет доказивања да није постало наследник. То значи да тужилац треба да докаже постојање родбинске, односно брачне везе туженог са оставиоцем или пак постојање завештања, док тужени треба да докаже да није наследник, уколико је изнео такво тврђење (да је дао негативну наследничку изјаву, да је недо-

20 „Из стања у списима не може се утврдити постоји ли заоставштина оставиоца и колики је њен обим, да ли је иза покојног В. Т. вођен оставински поступак и како је окончан, те да ли су тужени оглашени за његове наследнике. Због тога је за сада закључак нижестепених судова о основаности тужбеног захтева преурањен. За правилну примену материјалног права садржаног у одредбама чл. 222-224 Закона о наслеђивању, којим је регулисана одговорност наследника за дугове оставиоца, потребно је дакле, претходно разјаснити ко су наследници оставиоца и да ли постоји заоставштина и у ком обиму, што се утврђује у оставинском поступку, према члану 87. ЗВП. О томе ће првостепени суд водити рачуна приликом поновног одлучивања о тужбеном захтеву.“ Вид. Решење Врховног суда Србије, Рев. 1792/05 од 05.06.2006. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2006; „У конкретном случају није утврђено да ли је донето решење о наслеђивању, нити да ли је утврђен обим заоставштине, нити је утврђено ко је наследник. Наиме, тужилац, који је поднетом тужбом иницирао поступак утврђивања обавезе туженог да плати део трошкова сахране пок. Т. М., био је дужан да у том поступку докаже да ли је вођен оставински поступак иза пок. Т. М., да ли је утврђен обим заоставштине и ко је оглашен за наследнике и колика је висина наследних делова сваког наследника, као и да ли је у оставинском поступку потраживао наплату трошкова сахране из заоставштине.“ Вид. Решење Вишег суда у Новом Саду Гж. 5355/10 од 03.04.2012. године, Билтен Вишег суда у Новом Саду, бр. 4/2013.

стојан за наслеђивање, да га је завешталац искључио из наслеђа или лишио нужног дела). Одатле произлази да се пасивна легитимација не мора доказивати искључиво оставинским решењем, јер оно није једини и искључиви доказ о наследничком својству неког лица.²¹ Ако закон одређује да неко лице постаје наследник, суд то својство не може самоиницијативно да доводи у питање, осим уколико тужени не докаже супротно. Ово важи само у ситуацији када решење о наслеђивању није донето. Уколико је решење донето, њиме је правноснажно решено питање наследника и њихових удела па се у парници коју је покренуо поверилац ради наплате потраживања не може утврђивати наследничко својство других лица, мимо оних која су оглашена за наследнике.²²

Ипак, имајући у виду разлоге правне сигурности, у пракси се понекад излаз из оваквих ситуација проналази у прекиду парничног поступка како би се претходно питање ко су наследници и колики су њихови удели решило у оставинском поступку.

У пракси је било уобичајено и да се након прекида парничних поступака због смрти туженог поступци настављају само после правноснажности решења о наслеђивању, мада је приметно и напуштање овакве праксе.²³ Поступак треба наставити према законским наследницима без обзира што није донето решење о наслеђивању, при чему је за повериоца који у парници остварује своје потраживање најсигурније да као правне следбенике одреди сва лица позвана на наслеђе,²⁴ а да би се избегле напред наведене ситуације које могу да доведу у питање његов успех у парници.²⁵

21 Вид. Дејан Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд, 2011, 332.

22 Једини изузетак постоји у случају лица које се одрекло наслеђа у корист другог, уколико суд пропусти да и ово лице огласи наследником.

23 ЗПП, чл. 222, тач. 1.

24 Постоје ситуације и када сви наследници морају бити тужени - нужно супарничарство, поступци који се воде по тужбама за утврђење или за преиначење правне ситуације.

25 „Када је парнични поступак прекинут због смрти странке, наставиће се против законских наследника као универзалних сукцесора, без обзира што није донето решење о наслеђивању.“ Вид. Решење Вишег суда у Панчеву, Гж1. 16/2011 од 12. 04. 2011. године. „Одредбама ЗПП није предвиђено да ће се поступак наставити након спроведеног оставинског поступка и доношења правноснажног решења о наслеђивању у коме би било утврђено ко су наследници оставиоца, те самим тим за одлуку о наставку поступка није од значаја обим и вредност заоставштине као ни дате наследничке изјаве у току оставинског поступка, већ је за процесну легитимацију странке у поступку довољно утврђење чињенице да је одређено лице законски наследник умрле странке.“ Вид. Решење Вишег суда у Чачку, Гж 975/2014 од 24.12.2014. године. „За процесну легитимацију наследника странке у поступку након њене смрти није битно постојање правноснажног решења о наслеђивању у којем се наводи ко су

У сваком случају приметно је да постоји велика недоследност судске праксе у погледу тога како се доказује наследничко својство у парници. С обзиром на неуједначеност судске праксе, коју до сада нису могли да отклоне ни највиши судови у земљи, закључујемо да је потребно законом прецизно уредити да ли се наследничко својство може доказивати само оставинским решењем или неким сличним документом (нпр. по узору на наследничко уверење из немачког права) или ће се питање да ли је неко лице постало наследник оставити на оцену суду у сваком конкретном случају.

III Утврђивање вредности заоставштине

У праву Републике Србије наследник одговара за дугове оставиоца до вредности наслеђене имовине, односно до збира вредности свих права која су му наслеђивањем припала.

Да би се утврдио прави обим одговорности наследника за дугове оставиоца, потребно је најпре утврдити састав и вредност заоставштине. Како законодавац о томе ништа не говори, у теорији се заступа мишљење да вредност заоставштине треба утврдити према тржишној вредности имовинских права у тренутку отварања наслеђа. Наиме, тада долази до фузије заоставштине и имовине наследника, а након тог тренутка је тешко пратити кретање вредности имовинских права која су оставиоцу припадала (аналогно одређивању вредности поклона код утврђивања обрачунске вредности заоставштине и код урачунавања поклона у наследни део).²⁶ То значи да сва каснија увећања и смањења вредности заоставштине након отварања наслеђа не утичу на обим одговорности наследника.²⁷ Тако, на пример, ако после смрти оставиоца, наследник поклони ствари из заоставштине или добра случајно пропадну, то наследнику не може да служи као основ за ослобађање од одговорности према повериоцима.²⁸

наследници оставиоца и у којим уделима је расправљена заоставштина оставиоца, па се као странка уместо оставиоца морају означити сви његови потенцијални законски наследници.“ Вид. Решење Апелационог суда у Београду, Гж 9/2015 од 15.01.2015. године.

26 Nataša Stojanović, „U kojoj meri propisi o nasleđivanju Republike Srbije štite ostaviočeve poverioce“, *Pravni život*, br. 11/2007, 621-622.

27 „Наследници се не могу ослободити обавезе враћања оставиоцевих дугова истичући да је њихов наследни део након смрти оставиоца прешао у својину трећих лица, имајући у виду чињеницу да се наследни делови утврђују у моменту смрти оставиоца, па су у складу с тим без значаја сва каснија располагања наслеђеном имовином.“ Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 61/2011 од 27.02.2013. године.

28 Д. Ђурђевић (2011), 333.

Основно средство за утврђивање вредности заоставштине је попис и процена. Попис и процена заоставштине извршиће се ако то захтевају наследници, легатари и повериоци оставиоца,²⁹ како пре покретања тако и у току оставинског поступка.³⁰ Попис ће обухватити: целокупну имовину која је била у поседу умрлог у време смрти, имовину која је припадала умрлом, а која се налази код другог лица, са назначењем код кога се налази та имовина и по ком основу, имовину коју је држао умрли, а за коју се тврди да није његова својина, као и потраживања³¹ (осим очигледно ненаплативих)³² и дугове умрлог.³³ Повериоци чија су потраживања пописана немају право приоритета у намирењу, нити попис на било који начин утиче на облигациони однос између дужника и повериоца.

Приликом пописа може доћи до пропуста органа који врши попис или наследници могу покушати да прикрију имовину која чини заоставштину оставиоца, како би смањили или избегли одговорност за дугове, што може довести до тога да пописом и проценом имовине не буде обухваћена целокупна заоставштина оставиоца. Закон зато даје право сваком учеснику у поступку пописа и процене заоставштине умрлог да поднесе приговор на извршени попис и процену у року од осам дана од дана када је примио записник о попису и процени.³⁴ Независно од права на приговор, поверилац у парници има право да доказује да имовина која је пописана није једина имовина оставиоца, без обзира по чијем предлогу је одређен попис имовине оставиоца.

Ако се у парници постави питање вредности наслеђене имовине, суд ће вредност заоставштине утврђивати као и сваку другу чињеницу, извођењем предложених доказа, независно од тога да ли су извршени попис и процена заоставштине. Записник о извршеном попису и процени

29 ЗВП, чл. 96. ст. 3.

30 „Попис и процену ствари суд ће извршити када то захтевају наследници, легатари и повериоци умрлог, при чему суд није овлашћен да цени оправданост захтева неког од наведених лица.“ Решење Окружног суда у Београду, Гж 10586/95. Нав. према: Драгољуб Лазаревић, *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, Београд, 2014, 226.

31 Када супруг као наследник свог умрлог брачног друга, одговара за дугове до висине вредности имовине коју је наследио, у вредност наслеђене имовине не улази породична пензија коју је извршеник остварио преко умрлог брачног друга, јер право на пензију није наследно већ лично право стечено по Закону о пензијском осигурању. (Одлука ВСС Гзз 149/71). Нав. према: И. Бабић, 642.

32 ЗН, чл. 48. ст. 1. Видети и: Д. Ђурђевић (2012а), 10.

33 ЗВП, чл. 97.

34 ЗВП, чл. 100. ст. 1.

представља само једно доказно средство у погледу утврђивања вредности заоставштине, која се може утврђивати и на основу налаза и мишљења вештака одговарајуће струке, судског увиђаја и др. Ово даље значи да се у парничном поступку може доказивати да је вредност заоставштине већа или мања (односно да је састав заоставштине другачији) не само у односу на записник о попису и процени, него и у односу на заоставштину наведену у решењу о наслеђивању,³⁵ односно да постоји имовина која није обухваћена оставинским решењем. Уколико је донета пресуда којом је одбијен тужбени захтев повериоца према наследнику због тога што је вредност заоставштине исцрпљена, поверилац може тражити понављање поступка уколико се покаже да је постојала имовина за коју се у поступку није знало, а наследник је прикрио њено постојање³⁶ (нпр. неки тајни рачун, непокретност која се у јавним књигама водила на неког од предака оставиоца и сл.).³⁷

Проблем може да настане у извршном поступку, базираном на начелу формалног легалитета и то онда када наследници неку имовину оставиоца нису пријавили у оставинском поступку, тако да се она и даље води као оставиочева. Наиме, иако решење о наслеђивању има декларативно дејство, оно производи значајна дејства у правним односима, јер се на основу њега врше промене у јавним књигама, исплате са банковних рачуна оставиоца и врше одговарајуће промене у регистрима покретних ствари. У том случају, постоји имовина подобна за извршење, али формални власник имовине – оставилац више није жив, те не може да буде странка у поступку. Са друге стране, наследници, иако фактички држе имовину и иако је она на њих прешла *ipso iure* тренутком делације нису оглашени за наследнике на њој. Овај проблем би се у пракси могао решити на неколико начина. Први је да поверилац исходује доношење допунског решења о наслеђивању којим би се наследницима расподелила предметна имовина. У том случају потребно је поновно покренути оставински поступак, и то на иницијативу повериоца, иако му сам закон не даје изричиту могућност да тражи доношење допунског решења или исправљање накнадно пронађене имовине. Друга могућност је да се извршење спроведе на предметној имовини без обзира што она није обухваћена оставинским решењем. У том случају потребно је да поверилац јавном

35 Не претпоставља се да је садржај оставинског решења у погледу састава заоставштине потпун или тачан. N. Gavella, V. Belaj, 111; D. Đurđević, (20126), 78.

36 ЗПП, чл. 426.

37 Супротнo вид. Slavko Marković, *Nasledno pravo*, Beograd, 1981, 348.

или по закону овереном исправом докаже да је оставилац власник неке имовине, а да орган који одређује извршење пође од логичног закључка да су лица чије је наследничко својство потврђено оставинским решењем постала наследници и на имовини оставиоца која није наведена у оставинском решењу. Друго решење је логичније, али је противно начелу формалног легалитета у извршном поступку.³⁸ Треће решење је да поверилац тражи да се у парничном поступку утврди да су одређена лица по основу наслеђивања на одређеној ствари стекла право својине. Ово решење је за повериоца најнеповољније не само због тога што мора да докаже постојање свог правног интереса, него и због тога што се трајање парнице не може предвидети. Четврти начин је да се постави привремени старалац заоставштине, а како би се извршење спровело на имовини на којој нису одређени наследници.

Да би се избегли наведени проблеми у пракси и да би се стекао прави увид у састав и вредност заоставштине, теорија предлаже увођење обавезног пописа и процене сваке заоставштине у кратком року, као и омогућавање повериоцима да сазнају за смрт оставиоца и да пријаве своја потраживања.³⁹

IV Приговор исцрпљене заоставштине у парничном поступку

Да би се одлучивало о одговорности наследника, најпре треба утврдити да постоји дуг оставиоца. Свако треба да пружи доказе за оно што тврди у поступку, у складу са правилом о терету доказивања. Тужилац треба да докаже постојање дуга, уколико наследници оспоравају његово постојање, као и његову висину.⁴⁰ Ипак, тужилац нема правни интерес за декларативном правном заштитом која би се састојала у утврђењу да постоји дуговање оставиоца према тужиоцу у одређеном износу,⁴¹ већ против наследника може да постави само кондемпнаторни тужбени захтев.

38 Закон о извршењу и обезбеђењу - ЗИО, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015 и 106/2016 - аутентично тумачење, чл. 5.

39 N. Stojanović, 621.

40 „Код утврђивања да ли постоји одговорност наследника за дугове оставиоца до висине наслеђене имовине, као претходно питање појављује се обавеза на страни тужиоца да докаже постојање дуга оставиоца.“ Вид. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4540/2012 од 28.11.2012. године.

41 „Првостепени суд је правилном применом материјалног права одбацио тужбу у делу захтева који се тиче утврђења постојања дуга пок. М. према тужиљи у утуженом износу и делимично усвојио тужбени захтев тужиље и обавезао тужену да јој на име накнаде због уложеног рада

У теорији постоји мишљење да се потраживања поверилаца која превазилазе висину наследног дела гасе по сили закона.⁴² Наследник по закону није дужан да плати више од вредности коју је добио, те уколико би грешком платио више него што је дужан, могао би да захтева повраћај од поверица по основу правила о неоснованом обogaћењу. По другом схватању, не може се говорити о апсолутном *ipso iure* гашењу обавеза, већ само о престанку одговорности, иако обавезе остају. У том случају обавезе постају натуралне облигације, па ако наследник исплати више него што износи актива наследства, не може да захтева повраћај датог по правилима о стицању без основа.⁴³

У сваком случају, наследник мора оставиочевим повериоцима истаћи материјалноправни приговор да је његова одговорност за дугове исцрпљена, јер суд не пази по службеној дужности на висину вредности наслеђене имовине и вредност оставиочевих дугова, већ само по приговору.⁴⁴ Након што је истакао овај приговор тужени наследник доказује да је вредност наслеђене имовине исцрпљена или да није довољна за намирење, односно доказује основаност приговора на који се позива,⁴⁵ те не можемо прихватити мишљење⁴⁶ да тужилац треба примарно да доказује вредност наслеђене имовине у складу са општим правилом о терету доказивања. Наследник мора да докаже своје наводе у смислу да је лимит одговорности исцрпљен, односно да је, добровољно или након судског поступка, исплаћивао повериоце, чиме је исцрпео вредност заоставштине оставиоца.

Поставља се питање да ли је довољно да раније покренути парнични поступак, у коме је наследник обавезан на исплату дуга који исцрпљује вредност заоставштине, буде правноснажно окончан или је потребно да обавезе по пресуди буду добровољно или принудно извршене,

и пружених услуга по уговору о доживотном издржавању исплати износе у утврђеној висини.“ Вид. Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж бр. 2152/15 од 08.12.2015. године.

42 Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, 592; Д. Ђурђевић (2011), 332.

43 N. Gavella, V. Belaj, 267.

44 Хрватски Закон о наслеђивању (чл. 139) изричито прописује право наследника да уложи приговор одговорности до висине вредности наслеђене имовине. Насупрот њему, српски ЗН овај приговор не предвиђа, али то не значи да наследник не може да уложи приговор који се тиче његове ограничене одговорности, ма како тај приговор назвао и у којој га форми истакао.

45 Вид. E. Bertold, 188.

46 J. Аћимовић, 52.

да би тужени наследник основано могао да истиче приговор да је његова одговорност у потпуности или делимично исцрпљена.⁴⁷ По нашем мишљењу потребно је да се дуг исплати (добровољно или принудно) да би се са успехом истицао наведени приговор. Кондемпнаторна пресуда сама по себи не ствара непосредно правно дејство у правним односима, нити њено доношење подразумева одвајање одређене имовине дужника потребне за намирење, чиме би се остали повериоци искључили из било какве претензије на њој.

Парница вођена поводом дуга оставиоца може да са собом донесе и нова дуговања, а то су трошкови парничног поступка који често и вишеструко превазилазе вредност предмета спора. Уколико тужени наследник не успе у парници, биће обавезан да тужилачкој страни плати трошкове поступка. Иако је наследник у ту процесну улогу дошао захваљујући свом наследничком својству, ради се о трошковима који су проузроковани искључивом кривицом и поступцима наследника (који није испунио потраживање добровољно) и стога представљају оригинарну обавезу наследника створену судском одлуком. Трошкови поступка нису дугови оставиоца, те за њих одговара наследник својом имовином, независно од вредности заоставштине. За трошкове поступка који су проузроковани за живота оставиоца наследник одговара, као за све остале дугове оставиоца, до вредности наслеђене имовине.

V Спровођење извршног поступка против наследника

Једини правни пут за принудну наплату потраживања, који стоји на располагању оставиочевим повериоцима јесте извршни поступак против наследника у коме важи принцип приоритета.⁴⁸

Извршење се одређује и спроводи и против лица које у извршној исправи није означено као дужник, ако извршни поверилац јавном или по закону овереном исправом докаже да је обавеза из извршне или веро-

47 Ј. Аћимовић, 52-53.

48 То значи да у случају да нема довољно заоставштине за намирење, повериоци ће бити у неравноправном положају из разлога што ће поједини моћи да наплате своје потраживање у целости или макар у претежном делу, док ће остали остати ненамирени. У правној теорији се, зато, предлаже увођење института стечаја над заоставштином који би омогућио делимично, али равномерно намирење поверилаца у случају презадужене заоставштине. Стечај над заоставштином се спроводи само на једном делу имовине физичког лица и то само на оном делу који је стечајни дужник наследио од оставиоца, те представља одступање од начела универзалности стечајног поступка. Д. Ђурђевић (2012а), 33.

достојне исправе прешла на њега, а ако такав доказ није могућ – ако прелаз обавезе на друго лице докаже правноснажном или коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку.⁴⁹ Тумачењем ове одредбе закључује се да је потребно приложити правноснажно оставинско решење да би се извршење одредило према наследнику.⁵⁰

Слично је било и у ситуацији када извршни дужник умре у току спровођења извршења. По ЗИО из 2011. године, у случају смрти извршног дужника, извршни поступак се по сили закона прекидао, а након достављања правноснажног оставинског решења поступак се настављао према наследницима као извршним дужницима. Дакле, начело формалног легалитета, као једно од темељних начела извршног поступка, овим је било јасно изражено, јер се без правноснажног оставинског решења (или изузетно парничне пресуде) не може извршити легитимација наследника као извршног дужника. Нови ЗИО унео је измене и прописује да ако извршни поступак буде прекинут по сили закона (са изузетком прекида због стечаја), јавни извршитељ, на предлог странке или по службеној дужности, поставља привременог заступника странци, и наставља поступак и пре него што престане разлог због кога је прекинут.⁵¹ Овим је ЗИО покушао да убрза извршни поступак и спречи некад и вишегодишње чекање да се донесе правноснажно оставинско решење иза извршног дужника.

И без напред наведене одредбе ЗИО, ЗН даје могућност повериоцу да убрза наплату свог потраживања. Поверилац може на основу одредбе чл. 210, ст. 2. ЗН тражити да се постави старалац заоставштине који је овлашћен да у име наследника тужи и буде тужен, да наплаћује потраживања, исплаћује дугове и испоруке на терет заоставштине и уопште да заступа наследнике. Исто овлашћење поверилац може имати у ситуацији када наследници позвани на наслеђе одбију да намире повериоце, позивајући се на то да још нису утврђени њихови наследни делови, а они потврђени као наследници.⁵² Старалац заоставштине може се поставити и онда када је непознато ко је наследник оставиоца. Старалац заоставштине заступа наследнике, али не заступа ни једног наследника појединачно него све њих заједно и то само у улози оставиочевих наследника.⁵³ По другом схватању, старалац заоставштине има положај странке по дужно-

49 ЗИО, чл. 48.

50 N. Stojanović, 617.

51 ЗИО, чл. 29.

52 N. Stojanović, 617.

53 N. Gavella, V. Belaj, 102.

сти, јер води поступак у своје име, али о туђим правима и обавезама.⁵⁴ Иако се у пракси старалац заоставштине изузетно ретко поставља, поверилац постављањем стараоца заоставштине може да олакша свој процесни положај (како у извршном тако и у парничном поступку) и да убрза остваривање својих права, нарочито уколико се између самих наследника јаве спорови у погледу тога ко је наследник, а ко не (нпр. оставилац завештањем одреди наследника, а законски наследници побијају завештање у парници и фактички држе имовину која чини заоставштину).⁵⁵

VI Приговор исцрпљене заоставштине у извршном поступку

За живота оставиоца суд може донети пресуду којом га је обавезао на исплату износа који превазилази вредност његове имовине. Након његове смрти на основу такве пресуде, поверилац против наследника може покренути извршни поступак. Наследнику, као извршном дужнику, се ширим тумачењем законских основа за улагање жалбе, одн. приговора на решење о извршењу⁵⁶ мора омогућити правна заштита у овом случају будући да недовољна вредност заоставштине није изричити законски разлог за улагање приговора, одн. жалбе на решење о извршењу.

Закон не прописује ни како ће се поступити уколико се у току спровођења извршења исцрпи вредност заоставштине. Како постоји правна празнина, сматрамо да има места да наследници траже обуставу поступка, сходно чл. 129. ЗИО (опет ширим тумачењем). То значи да када је у извршном поступку наплаћено онолико колико вреди имовина

54 Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München, 2010, 227-228. Наведено према: Д. Ђурђевић (2012а), 10-12. У домаћој теорији грађанског процесног права је критиковано одређивање стараоца заоставштине као законског заступника наследника који је овлашћен да „у име наследника тужи и буде тужен“ будући да само странка може да тужи или буде тужена у своје име. Ако је старалац заоставштине законски заступник наследника јавља се питање кога одредити као странку (као обавезан састојак тужбе) нарочито уколико је наследник непознат. Из тих разлога је оправданије да се законски уреди појам стараоца заоставштине на тај начин, да се сам старалац заоставштине сматра странком у процесном смислу, који ће тужити и бити тужен у своје име. Миливоје Марковић, *Грађанско процесно право, књига прва, парнични поступак, свеска I - Циљ, објекат и субјекти парнице*, Београд, 1957, 199-200.

55 ЗН није регулисао ко претходно сноси трошкове постављања стараоца заоставштине, тј. да ли их треба подмирити из заоставштине или ће те трошкове да сноси лице на чији је предлог старалац заоставштине постављен, како би одређене процесне радње могле да се спроведу.

56 ЗИО, чл. 74, тач. 6. и 7, чл. 89. ст. 1.

оставиоца, поступак треба обуставити за остатак потраживања. Наравно, о томе суд или јавни извршитељ (у зависности од тога ко спроводи извршење) неће водити рачуна по службеној дужности, већ извршни дужник коме је то у интересу и који је дужан да се стара о својим правима. Евентуално, уколико његово указивање у поступку не доведе до обуставе извршења, наследник има право на подношење захтева за отклањање неправилности и евентуално покретање парничног поступка према суду, односно Републици Србији или јавном извршитељу у коме би тражио да му се накнади штета проузрокована принудним извршењем преко вредности наслеђене имовине.

Када се ради о извршењу на основу веродостојне исправе, није могуће донети решење о извршењу против наследника, уколико веродостојна исправа гласи на име оставиоца. Уколико постоји решење о наслеђивању, може се тражити издавање платног налога против наследника, а уколико решење није донето, намирење се може тражити у парничном поступку у коме веродостојне исправе представљају само доказ о постојању дуга оставиоца. Исти је случај и са меницом као веродостојном исправом. Ако је менични дужник умро, поверилац не може да наплати меницу у поступку у коме се она наплаћује, већ и тада треба да поднесе предлог за издавање платног налога против наследника, односно тужбу у парници.

VII Закључак

Процесне норме не регулишу у мери у којој је то потребно питање положаја наследника у судским поступцима. Тиме се ствара могућност да суд поступа или произвољно или пак строго формално, чиме може да нашкоди интересима како наследника, тако и поверилаца.

Уколико заоставштина није довољна за намирење дугова, наследник не одговара за обавезе оставиоца преко вредности наслеђене имовине. У том случају, потребно је да наследник истакне приговор ограничене одговорности у парничном поступку, јер суд по службеној дужности не води рачуна о вредности заоставштине. Проблем може да настане у извршном поступку, зато што закон не предвиђа одговарајуће правно средство за одбрану наследника од принудног извршења, те постоји потреба да законодавац у том делу изврши допуну закона који регулише извршни поступак.

У раду смо указали и на то да процесно правне норме не дају одговор на то како превазићи неизвесност која постоји у периоду између смрти оставиоца и давања наследничке изјаве, а нарочито последице не-

гативне наследничке изјаве на већ конституисане процесне односе са наследником који се касније одрекао наслеђа.

Проблеме у пракси највише ствара начин доказивања да су одређена лица постала наследници, пре него што је решење о наслеђивању донето. Уколико у парничном поступку пасивну легитимацију тужених тужилац не може да докаже правноснажним оставинским решењем, сматрамо да треба поћи од законских претпоставки да су одређена лица постала наследници и да одговарају за дугове, а да на туженом буде терет доказивања супротног. Док се ови недостаци могу отклонити у парничном поступку правилима о терету доказивања, проблем настаје у извршном поступку будући да поверилац нема могућност да без правноснажног оставинског решења или правноснажне пресуде докажује наследничко својство извршног дужника.

Указали смо на могућности и потребу искоришћавања института стараоца заоставштине, као једног од начина за превазилажење одређених практичних проблема. Поред тога, сматрамо да је потребна доследна примена чл. 89. ЗВП по коме суд треба да покрене оставински поступак чим сазна да је неко лице умрло или проглашено за умрло. Сматрамо и да је потребно прописати обавезу наследника да у кратком року (нпр. три месеца од покретања оставинског поступка) дају наследничке изјаве, док ће се у супротном створити необорива законска претпоставка дате позитивне наследничке изјаве. На основу тога би се, на захтев наследника или поверилаца, доносила делимична решења о наслеђивању у којима би се констатовало ко су наследници и који су њихови удели у заоставштини, чиме би се на најлакши и најбржи начин решило питање пасивне легитимације наследника у свим поступцима везаним за дугове оставиоца, по узору на наследничко уверење из немачког права. Сва евентуална спорења око имовине наследника, прекиди оставинских поступака, побијања завештања не би могла директно да утичу на поступке покренуте против наследника ради намирења дугова оставиоца, јер би питање пасивне процесне легитимације било решено. На овај начин обезбедило би се истовремено постизање и правне сигурности и ефикасности у поступању.

Radmila KRSTIĆ

**THEORETICAL AND PRACTICAL PROBLEMS CONNECTED
TO THE EFFECTUATION OF THE RIGHTS OF THE CREDITOR
AGAINST THE DEBTOR'S HEIRS IN CIVIL PROCEDURE
AND DURING EXECUTION**

Summary

Heirs may often consider as the matter of the respect to pay for dead relative debts, even if the debts exceed the worth of their inheritance. On the other side, others may try to avoid the liability despite the fact they inherited some property from the initial debtor. In that case, the debtor should ask for court assistance in order to get paid.

In this paper, the author is going to analyze the position of the heir and the creditor in the civil law procedure and during the execution, and the effectiveness of the legal remedies, that are available to the creditor in order to satisfy his debt.

The death of the debtor may be a cause for short term break of the judicial procedure, but must not be a cause that disable the creditor for long term or even permanently to satisfy his debts. Therefore, the inheritance procedure should become the efficient way to get over the procedural blockade, caused by the death of the debtor. Effective procedural remedies in civil law procedure and in execution are needed in order to lessen the possibility of abusing the rights by the heir and the avoidance of the liability.

Key words: *liability of an heir, death of a debtor, civil procedure, execution.*

ПРИВРЕДНОПРАВНО ОКРУЖЕЊЕ

Др Зоран Р. ТОМИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПРИВРЕДА И УПРАВНО–СУДСКА ЗАШТИТА – УПРАВНИ СПОР У СРБИЈИ И У ЦРНОЈ ГОРИ – *

Резиме

Управни спор је традиционални облик судске контроле законитости управних активности, кроз управно– судски поступак. То се односи и на управне материје са наглашеним привредним елементом. У чланку аутор углавном анализира најновији Закон о управним споровима Црне горе (ЗУС ЦГ), упоређујући га са истоврсним прописом Србије. Истиче (и) битне процесне везе прописа о управном поступку и норми о управно–судском поступку. Указује на побољшања која доноси нови ЗУС ЦГ спрам претходног законског текста. На крају закључује да су оба закона о управном спору умногоме слична, а да је српски закон у више тачака – у погледу начела о праву на правично управно суђење, код правне могућности судског одлагања извршења, приговора на одлуку судије појединца, затим што се тиче новчаног кажњавања органа, покретање спора у случају ћутање управе итд. – ипак напреднији и комплетији. С друге стране, ЗУС Србије није до сада усклађен са новим ЗУП–ом. Све у свему, код оба закона су могућа битна побољшања регулативе у складу са европским стандардима, нарочито у домену пуне судске јурисдикције и судских правних лекова. А све је то у вези са другачијом, разуђенијом организаци-

* Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду (2017).

јом судске мреже, посебно са увођењем система управног судства, двостепености управног суђења, пре свега.

Кључне речи: управни спор, привреда, управни поступак, управна ствар, управне активности, управни акт, жалба, тужба, пресуда, решење, обавезност одлука, правноснажност.

I Уопште

1. Судска контрола управе је огромна цивилизацијска тековина, конституент владавине права. Она се највећма операционализује кроз правни институт управног спора. Ту је независаност судства на највећем и најделикатнијем испиту, оцењући – на првом месту – правну регуларност појединачних аката, управних аката и других управних активности предузетих по одговарајућој, управној процедури (управни поступак). У циљу заштите и субјективних јавних права грађана, и објективне законитости.¹

2. Међу бројним друштвеним материјама и пословима које су у нашем праву подвргнути инструментима судске заштите у управном спору су и оне у области привреде, односно оне с претежним пословно–правним

1 Вид. примерице G. Peiser, *Contentieux administratif*, 14e éd., Paris, 2006; J.– M. Auby – R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, tom I–III, 3. éd., Paris, 1984; Ch. Debbasch – J.– C. Ricci, *Contentieux administratif*, 4. éd., Paris, 1985; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 3. éd., Paris, 1989; V. Pacteau, *Contentieux administratif*, 2. éd., Paris, 1990; G. Darcy, M. Paillet, *Contentieux administratif*, Paris, 2000; S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 4. Auflage, München, 2006; F. Hufen, *Verwaltungsprozessrechts*, 6. Auflage, München, 2005; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983; W. A. Robson, *Justice and administrative law, a study of the British Constitution*, 3rd ed., London, 1954; R. E. Wraith – P. G. Hutchesson, *Administrative tribunals*, London, 1973; L. L. Jaffe, *Judicial control of administrative action*, Boston / Toronto / Little, 1956; P. L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, Durham, 2002; B. Grafenauer, J. Brezник, *Upravno pravo, procesni del – upravni postopek in upravni spor*, Ljubljana, 2009; B. Tratar, *Novi Zakon o upravnom sporu: s pojasnili i stvarnim kazalom*, Ljubljana, 2006; П. Кријан, *Коментар Закона о управним споровима*, Загреб, 2004; З. Ђелмо, *Управно– процесно право*, Сарајево, 2008; С. Гелевски, М. Костић, И. Булатовић, *Управно– процесно право* (превод С. Гелевски), Скопје, 2008; *Закон о управним споровима* (предговор З. Р. Томић), Београд, 2010; И. Кујунџић, *Управно судство у Хрватској и земљама Европске уније – актуелна питања и проблеми*, Загреб, 2006; С. Сагадин, *Управно судство* (поводом стогодишњице рада Државног савета, 1839–1939), Београд, 1940; М. Стојановић, *Судска контрола акта управе* (Аустрија, Енглеска, Француска, Италија, Савезна Република Немачка, Сједињене Америчке Државе), Београд, 1963.

супстратом. Као што су, примерице – према класификацији домаће управно–судске праксе: пословне просторије, промет робе, банкарско пословање, друштва за осигурање, друштвена контрола цена, обављање привредних делатности самосталним личним радом, регистрација привредних субјекта, приватизација, заштита конкуренције, хартије од вредности...

3. Закон о управним споровима Србије (ЗУС СР) донет је на заласку 2009. године.² Закон о управном спору Црне Горе (ЗУС ЦГ) донет је у лето 2016. године.³ Тај други, као најновији пропис о судској контроли управе у домаћем окружењу, упоредићу на наредном страницама са истоврсним законом Србије. Уз одређене критичке опаске и могуће правце побољшања оба текста. Пре тога ћу осветлити најважније тачке повезивања ЗУС-а ЦГ и тамошњег Закона о општем управном поступку (ЗУП ЦГ) који би требало да ступи на снагу 1.7.2017. године.⁴

II Нови ЗУС Црне Горе

2. 1. Веза ЗУС-а ЦГ са ЗУП-ом ЦГ највећма се огледа у неколико тачака:

1) Управна ствар, као предмет управног поступка корелативна је са предметом управног спора. А предмет управног спора је оцена законитости управне активности, односно активности која спадају у управну ствар.⁵ Дакле, управне активности се предузимају у управним стварима. У управне активности спадају: доношење управних аката, закључивање управних уговора, заштита корисника јавних услуга и остале управне активности, тј. управне радње.

2) Разлози за побијање управног акта / друге управне активности⁶ су на терену примене управно– процесног начела законитости, укључујући и оправдана очекивања странка да је пракса органа озбиљна и доследна, уједначена. Тако, орган је при одлучивању у управној ствари посебно дужан да води рачуна о ранијим одлукама које је донео у битно истовет-

2 Службени гласник РС, бр. 111/09, а ступио је снагу 30.12.2009. године; примењује се од 1.1.2010. године.

3 Службени гласник ЦГ, бр. 54/16, а предвиђено је да почне да се примењује од 1.7.2017. године.

4 Службени лист ЦГ, бр. 56/14 и 20/15.

5 ЗУП ЦГ, чл. 2–3 и ЗУС ЦГ, чл. 2.

6 ЗУС ЦГ, чл. 14, ст. 2. *in fine* у вези са начелом из члана 5. ЗУП–а ЦГ.

ним управним стварима.⁷ А непридржавање те норме је један од законски признатих разлога тужбе у управном спору.⁸

3) Код *покретања спора*⁹ против коначног првостепеног акта / ћутања, наводи се и приговор – било да није био допуштен или да по њему није решавано.¹⁰ Наиме, процесна врата управног спора се отварају – не само против другостепеног управног акта – већ и против оног првостепеног на који није допуштена жалба или приговор, или кад је орган – уместо да одлучи по жалби или приговору – ћутао, као и против друге управне активности, у складу са законом.

4) *Правна могућност одложеног дејства тужбе* условљена је – на првом месту (има и других процесних претпоставки из ЗУС-а ЦГ!) – околношћу да ли је у конкретном случају орган одложио извршење управног акта до правноснажности одлуке о управној ствари.¹¹ При томе, по ЗУП-у орган може одложити извршење управног акта само до одлуке по жалби, а за даље се не каже ништа. Тако да одлагање извршења у смислу ЗУС-а ЦГ итетако има смисла. Штета, само, што је остало судски-правно недовршено (о чему више на наредним страницама).

5) *Пуна судска јурисдикција*¹² у управном спору није редовна појава. ЗУС ЦГ набраја случајеве када је она могућа, али не и обавезна: свакад је условљена природом управне ствари у којој је спор настао. Нарочито је осетљиво питање њене допуштености код решавања по слободној оцени: да ли „природа ствари“ код управног решавања по дискреционој оцени беспоговорно, сама по себи, тј. аутоматски искључује правну могућност пресуђивања у пуној јурисдикцији?¹³ О томе пропис о управном спору ћути, остављајући тиме суду да то сам цени у сваком конкретном случају. Сматрам, ипак, да су дискрециона оцена и пуна јурисдикција по свој суштини и смислу, као и по духу и управне и управне– судске процедуре – неспојиви.

6) *Правне последице непоступања по пресуди*¹⁴ и *правне последице поновљеног непоступања по пресуди*¹⁵ у вези су са начелом ЗУП-а ЦГ о

7 ЗУП ЦГ, чл. 5, ст. 2.

8 ЗУС ЦГ, чл. 14, ст. 2. *in fine*.

9 Члан 12 ЗУС-а ЦГ.

10 Вид. ЗУП ЦГ, чл. 31 и 35 у вези са чл. 137-138.

11 ЗУС ЦГ, чл. 15 у вези са чланом 124 ЗУП-а ЦГ.

12 ЗУС ЦГ, чл. 36.

13 Вид. ЗУС ЦГ, чл. 2 у вези са чланом 5 став 4 ЗУП-а ЦГ.

14 ЗУС ЦГ, чл. 56-57.

праву на правну заштиту.¹⁶ Наиме, у првом случају суд – после безуспешних покушаја да се ћутање органа у извршењу пресуде прекине – доноси своје решење које у свему замењује акт туженог. У другонаведеној врсти ситуација, суд интервенише због непоштовања своје пресуде, поништавајући – по новој тужби – и други акт туженог донет у истој ствари. Уједно, истом пресудом „по правилу“ сам решава и управну ствар; та пресуда у свему замењује поништени акт туженог.

2. Главне новине ЗУС-а ЦГ у односу на претходни истоврсни текст¹⁷ своде се на следеће:

1) Донекле је промењен распоред чланова. Примерице, сада је правило о сходној примени парничних прописа на почетку, међу основним одредбама.

2) Ново је што је изнад сваког члана наслов.

3) Проширен је предмет управног спора, у складу са ЗУП-ом.¹⁸

4) Наглашена је употреба родно осетљивог језика.¹⁹

5) Промене су и у дефинисању странака у управном спору: а) на страни туженог – то је и странка из управног уговора кад јавноправни орган подноси тужбу за поништај управног уговора; б) код тужиоца – то је лице које сматра да му је неком управном активношћу (а не само управним актом) повређено неко право или правни интерес;²⁰ ц) код заинтересованог лица у управном спору,²¹ квалификатив „непосредно“ је изостављен, те је тиме круг тих лица потенцијално проширен.

6) Знатне измене су и код правне могућности одлагања извршења управног акта²² у току управног спора (орган који то чини, услови, рок...). Тако, по захтеву тужиоца за то и такво одлагање одлучује суд (а не орган из управног поступка надлежан за извршење), и то у року од 5 дана од дана пријема захтева; главни услов је да сам орган у управном поступку претходно није одложио извршење.

15 ЗУС ЦГ, чл. 58.

16 ЗУП, чл. 7.

17 *Службени лист ЦГ*, бр. 60/03 и 32/11.

18 ЗУС, чл. 2.

19 ЗУС, чл. 5.

20 ЗУС, чл. 11.

21 ЗУС ЦГ, чл. 9.

22 Ранији, још увек актуелни текст то уређује у члану 13, ст. 2-3, а у новом ЗУС-у ЦГ је то члан 15.

7) Нема више „одбацивања“ тужбе – сада је (и ту) употребљен израз „одбијање“, из елементарних процесних разлога, тј. непостојања претходних процесних претпоставки за вођење спора.²³

8) Код прекидања поступка не доноси се по новом ЗУС-у ЦГ закључак (као раније), него решење.²⁴

9) Нема усмене расправе у случају из члана 25. ЗУС-а ЦГ,²⁵ и када странка то тражи. Посреди је одлучивање у битно сличним предметима по узорку,²⁶ после правноснажности пресуде о том изабраном предмету.

10) Другачија је терминологија код правних лекова – сада стоји „средства“.²⁷

11) Ни у домену правних средства нема више „одбацивања“ услед непремостивих процесних препрека, већ је реч о „одбијању“ из процесних разлога.²⁸

12) Промењен је рок код подношења захтева за испитивање судске одлуке.²⁹

13) Додат је нови разлог за понављање поступка у управном спору – пресуда Европског суда за људска права (ЕСЉП).³⁰

14) Прецизиран је орган надлежан за извршење судских одлука у смислу члана 59. Конкретно, то је орган надлежан за извршење предметне управне активности, док се код судске одлуке донете у пуној јурисдикцији којом је одређена новчана обавеза органа, извршење спроводи у према прописима о извршењу и обезбеђењу.

3. *Критички поглед на ЗУС ЦГ* открива његове неколике недостатке. Тако:

1) Недостаје начело Права на правично суђење.³¹ Подсећам, с тим у директној вези, на капиталну одредбу члана 32. Устава Црне Горе – „Правично и јавно суђење“, који гласи: „Свако има право на правично и

23 ЗУС ЦГ, чл. 21–22.

24 ЗУС ЦГ, чл. 26.

25 Вид. ЗУС ЦГ, чл. 28.

26 ЗУС, чл. 24.

27 Више не пише „ванредна“, ЗУС ЦГ, чл. 40.

28 Вид. ЗУС ЦГ, чл. 45 и 52.

29 Сада је краћи, по члану 44, став 1 ЗУС-а ЦГ.

30 ЗУС ЦГ, члан 48, ст. 1, тач. 7.

31 Вид. ЗУС Србије, о чему на страницама које долазе.

јавно суђење у разумном року пред независним, непристрасним и законном установљеним судом“.

2) Било је чини ми се умесно размислити о преношењу одредби ст. 3–4. члана 3. ЗУС-а Србије (објашњења следе у наредном одељку).

3) У текст члана 12, став 2. држим да је требало додати следеће ограничење: „ако се пасивно држање органа по закону не изједначава са удовољавањем захтеву странке“. Наиме, свако ћутање управе не мора да буде правно квалификовано као одбијање захтева странке. Јер, по члану 117. ЗУП–а ЦГ, посебним законом се може предвидети да се ћутање органа – под условима из ЗУП–а – може уподобити усвајању захтева странке чиме се поступак окончава. А тада управни спор нема смисла.

4) Није – као ни у претходном тексту – наведена ненадлежност као разлог тужбе³² (о чему нешто доцније); а ненадлежност се једино с великим напрезањем може, по нужди, подвести под „повреде правила поступка“.

5) Остаје термилошка дилема да ли „одбијање“ тужбе из разлога неуредности³³ и „одбијање“ из процесних разлога³⁴ бољи термин од досадашњег „одбацивања“. Јер, ако упоредимо цитиране одредбе са чланом 35. – где се пресудом одбија тужба када је неоснована – произлази следеће. Правна мера је идентична, само је правни акт којим се то чини различит, баш као и разлози за сваку од односних интервенција.

6) Одложно дејство тужбе (вид. малопређашњи осврт) требало је уредити детаљније. Комплетнији је и знатно напреднији текст члана 23. ЗУС-а СР о чему ће још бити говора.

7) Остаје питање, шта је са правноснажношћу судских одлука? Јер, члан 8 је уопште не помиње код обавезности судских одлука; када она наступа? Стога, било је неопходно законски написати да нема жалбе, а ни приговора – ни на пресуду, ни на решење. Уосталом, према одредби члана 40. (став 1) ЗУС-а ЦГ, „против правноснажне одлуке Управног суда могу се поднијети: 1. захтјев за испитивање судске одлуке; 2. захтјев за понављање поступка...“.

8) Двостепеност у управном спору не постоји. С друге стране, жалба у управном спору је европска вредност и постулат. Његово оства-

32 ЗУС ЦГ, чл. 14.

33 ЗУС ЦГ, чл. 21.

34 ЗУС ЦГ, чл. 22.

рење у Црној Гори (као и у Србији) захтева, међутим, промену организације судства. Ипак, захтев за испитивање судске одлуке³⁵ пред Врховним судом Црне Горе је негде на средини између ортодоксног редовног и ванредног правног лека. С претходним у вези, поређења с регулативом Србије по овом питању дају занимљиве резултате. То је посебна „тачка“ овог чланка.

9) Природа ствари код пуне јурисдикције остала је неразвијена, неразуђена. То сматрам превазиђеном солуцијом. У истом контексту не помиње се ни дискрециона оцена,³⁶ нити је процесна пуна јурисдикција – дефинитивно судско завршавање управног рада премда не у меритуму – макар наговештена.³⁷

10) Код понављања поступка³⁸ можда се могла предвидети, у рангу респектабилног разлога, и одлука Уставног суда, аналогно пресуди Европског суда. Исту критику упућујем и српском законодавцу.³⁹

11) Критичку ноту завређује и околност да није било храбрости или пак законодавчеве визије (?) у погледу правне могућности новчаног кажњавања руководиоца органа.⁴⁰

12) Зар је код могућности одржавања расправе⁴¹ воља странке довољна за остваривање законитости пресуђења: а сложеност ствари, а оцена самога Суда?? Сматрам да управни спор несумњивом има – поред заштите субјективне ситуације тужиоца, уз равноправност странака у управном спору – и дубљу сврху: долажење до истине и то непоредно од стране самог Суда, тј. пред њим – као подлогу остварењу и заштити објективне законитости. У сваком случају, држим да дотичном питању требало посветите више пажње, уз знатно минуциознију регулативу.

13) Зачуђује да у новом ЗУС-у ЦГ нема одредаба о покретању спора у случају ћутања. Тако, ако упоредимо његов члан 16. и са чланом 18. још увек важећег (до 1.7.2017) текста ЗУС-а ЦГ – уочићемо огромну разлику. Тако, у члану 16. новог ЗУС-а нема ни речи о покретању спора у случају

35 ЗУС ЦГ, чл. 41–47.

36 ЗУС ЦГ, чл. 36.

37 За шире упознавање вид. Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, 2. издање, Београд, 2012, 626– 641.

38 ЗУС ЦГ, чл. 48.

39 ЗУС СР, чл. 56.

40 ЗУС СР, чл. 75–76.

41 ЗУС ЦГ, чл. 28, ст. 2.

ћутања – као да се сматрало да су одговарајуће одредбе ЗУП-а ту довољне?! – а у члану 18. претходног текста оно је (било) детаљно уређено.

Све у свему, очекивао сам много већи, знатно смелији напредак у односу на досадашњи текст, а не само недоследно пречишћавање и неколико додатака. У неким тачкама, чак (показао сам), ово је релативно слабији (недовршен, застарео...) закон од претходника.

III Сличности и разлике ЗУС-а Србије и ЗУС-а Црне Горе

1. *Сличности закона о којима је посвећена ова анализа су бројне. Издвајам најочљивије:*

1) Структура управно– судског поступка у оба законска текста је незнатно одступајућа. Прво – јасно се уочавају, иако у Црној Гори нису именовани, тзв. претходни поступак (првог испитивања тужбе и оспореног акта) и главни поступак (утврђивање чињеница и решавање спора). Друго – са гледишта правне заштите против судских одлука, управно– судски поступак је у обе државе једноступен: жалба, као редовни правни лек није допуштена, што је у Србији изричито,⁴² а у Црној Гори прећутна законска клаузула. У обе су предвиђена по два ванредна правна лека: Захтев за преиспитивање (...) пред највишим судом у држави и Понављање поступка пред истим судом који је донео одлуку чијим се поступак понавља.

2) Границе испитивања оспореног акта су идеалне: везаност захтевом тужбе, али не и њеним разлозима.⁴³ С тим што у Србији Управни суд пази на ништавост по службеној дужности.⁴⁴

3) У оба закона, одлуке које се доносе у управно – судском поступку, тј. током управног спора су двојачке: пресуда, као мериторна – о уважавању или пак о одбијању тужбе, после мериторног испитивања њених навода, и решење као поглавито процесна судска одлука, било у случају одбацивања / одбијања тужбе да се узме мериторан рад, било у случају обустављања поступка. Изузетак је судско решење које се доноси, под законским условима, у извршењу судске пресуде када тужени орган ћути.⁴⁵

4) Код садржине и предаје, тј. подношења тужбе нема, исто тако, осетнијих разлика.

42 ЗУС СР, чл. 7.

43 ЗУС СР, чл. 41, ст. 1 и ЗУС ЦГ, чл. 34.

44 ЗУС СР, чл. 41, ст. 2 о чему ће бити још говора.

45 ЗУС СР, чл. 71, ст. 3 и ЗУС ЦГ, чл. 57, ст. 4.

5) Удовољавање тужбеном захтеву од стране туженог – као процесној претпоставки за обустављање судског поступка – уређено је готово језички идентично.⁴⁶

6) Код извршења судских одлука, упркос разлици у насловима припадајућих чланова односних законских текстова, предвиђена су два истоветна облика непоштовања правноснажне судске одлуке донете у управном спору: а) тзв. активно неизвршење⁴⁷ и б) тзв. пасивно неизвршење, тј. ћутање у извршењу пресуде.⁴⁸

7) Сходна примена парничних прописа предвиђена је у оба законска текста: у Србији при крају,⁴⁹ а у Црној Гори на почетку текста ЗУС-а.⁵⁰

2. *Разлика између односних закона има*, и оне нису незанемарљиве. Најважније су:

1) Рок за тужбу у Србији износи 30 дана од дана достављања коначне одлуке странци, у Црној Гори 20 дана, рачунајући на исти начин.⁵¹ У Србији је речено да исти рок вреди и за орган овлашћен за подношење тужбе ако је и њему акт достављен; а ако није, рок за тужбу износи 60 дана од дана достављања странци, што вреди и за ону странку која није учествовала у поступку, односно за ону којој акт није достављен. ЗУС ЦГ се није упуштао у наведена питања, што тумачимо као вољу законодавца за јединственошћу законског рока од 20 дана за подношење тужбе – без обзира ко је од овлашћених субјеката подноси, и без обзира да ли је (и) том конкретном подносиоцу тужбе акт достављен.

2) Родно осетљив језик помиње само ЗУС ЦГ, уподобљавајући употребљене изразе у мушком роду онима у женском.⁵²

3) Право на правично суђење је у рангу начела предвиђено само у Србији.⁵³ Наиме, према *Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода*⁵⁴ – коју је 2003. године ратификовала ондашња зајед-

46 ЗУС СР, чл. 29 и ЗУС ЦГ, чл. 26.

47 ЗУС СР, чл. 70 и ЗУС ЦГ, чл. 58.

48 ЗУС СР, чл. 71 и ЗУС ЦГ, чл. 57.

49 ЗУС СР, чл. 74.

50 ЗУС ЦГ, чл. 4.

51 ЗУС СР, чл. 18 и ЗУС ЦГ, чл. 17.

52 ЗУС ЦГ, чл. 5.

53 ЗУС СР, чл. 2.

54 Из 1950. године, уз додатне протоколе.

ница Србија и Црна Гора,⁵⁵ чији је сукцесор садашња Србија као самостална и независна држава – „свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона...“.⁵⁶ А начелна одредба члана 2. ЗУС-а СР разлаже начело правичности суђења у управном спору на *три повезане компоненте*: а) законитост, б) разумни рок и в) правило о непосредном и јавном утврђивању релевантних чињеница од стране суда, пред њим на усменој расправи.⁵⁷

4) Што се тиче предмета спора, важно је подвући три битне разлике између односних закона:

а) ЗУС-а СР⁵⁸ има у виду само појединачан акт, управни или други за који је нарочито предвиђена управно– судска заштита, као и акте против којих није изричито именована никаква судска заштита. А ЗУС-а ЦГ⁵⁹ као предмет управног спора, поред управног акта, одређује и сваку другу управну активност од утицаја на права и обавезе правних субјеката, „кад је то законом прописано“.

б) С друге стране, за разлику од ЗУС-а СР,⁶⁰ у новом ЗУС-у ЦГ нема одредаба о покретању спора у случају ћутања. Такође, подрзумева се – иако изричито није речено – да је ћутање предмет спора једино ако се пасивно држање органа по закону не изједначава са удовољавањем захтеву странке.

в) ЗУС ЦГ има само једну одредбу,⁶¹ за разлику од ЗУС-а СР,⁶² у вези са могућношћу да се у управном спору тражи повраћај одузетих ствари, као и накнада штете која је тужиоцу проузрокована извршењем оспореног акта.

55 Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/03.

56 У складу са овом капиталном одредбом, Устав Републике Србије утврђује међу нормама о људским правима и слободама и право на правично суђење (члан 32): „Свако има право да независан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и слободама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка и оптужбама против њега...“

57 Опширније вид. З. Р. Томић (2012), 139–147.

58 ЗУС СР, чл. 3.

59 ЗУС ЦГ, чл. 2.

60 ЗУС СР, чл. 19.

61 ЗУС ЦГ, чл. 19, ст. 3 – која даље није разрађивана.

62 ЗУС СР, чл. 16. у вези са чланом 22 став 5 и чланом 45.

5) У погледу разлога тужбе („разлога побијања“), већ сам констатовао да – за разлику од ЗУС-а СР⁶³ – у ЗУС-у ЦГ ненадлежност није поменута,⁶⁴ при чему се, чисто теоријски, она не може прећутно сматрати „повредом правила поступка“. Ипак, сматрам да нема сметњи да и помегнути правни основ судска пракса не пртихвати као легитиман за оспоравање законитости једне управне активности.

6) У Србији, суд у управном спору пази по службеној дужности на ништавост оспореног акта;⁶⁵ у Црној Гори нема такве одредбе у погледу најтежих незаконитости за које се ЗУП-ом ЦГ прописује обавезно поништавање акта.⁶⁶

7) Традиционално, три су категорије странака у управном спору: тужилац, тужени и заинтересовано лице. С тим што је у том контексту нови ЗУС ЦГ⁶⁷ (раније сам разложио то питање) – с обзиром на проширен круг управних активности као предмета спора – унеколико разубејнији од свог српског парњака.⁶⁸

8) Одложно дејство тужбе⁶⁹ је – као једина предвиђена привремена мера у оба закона – такође другачије уређено. О суженој шанси за одлагање тужбе у смислу ЗУС-а ЦГ, већ је било речи. С друге стране, ЗУС СР, у контексту одредаба о тужби у управном спору, предвиђа две правне могућности да се *од самог суда* – а не као до сада од органа управе, што се показало као крајње неделотворно⁷⁰ – *тражи одлагање извршења оспореног акта до доношења судске одлуке*, под законским условима. Прво: одлагање у току спора. И то ако би извршење нанело тужиоцу штету која би се тешко могла надокнадити, а одлагање није противно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела већа ненадокнадива штета противној странци, односно трећем лицу. Друго: потпуна новина је и савремена, напредна европски инспирисана законска солуција према којој се – посредством управног суда, чак и *пре подношења тужбе* – може тражити одлагање извршења у случају хитности, као и када је изјављена жалба која не-

63 ЗУС СР, чл. 24.

64 ЗУС ЦГ, чл. 14.

65 ЗУС ЦГ, чл. 41, ст. 2.

66 ЗУП ЦГ, чл. 139.

67 ЗУС ЦГ, чл. 9–11.

68 Вид. детаљније под 5) у делу где разматрам новине ЗУС-а ЦГ.

69 ЗУС СР, чл. 23 и ЗУС ЦГ, чл. 15.

70 Члан 16 претходног ЗУС-а СР.

ма одложно дејство, а поступак по жалби није окончан.⁷¹ А то у црногорском закону не постоји. У том смислу је и *Препорука Комитета министара Савета Европе* о привременој судској заштити у управном поступку (I, пасус 2).⁷²

9) Како приметих, ЗУС ЦГ познаје „одбијање“ тужбе из разлога неуредности (члан 21) и „одбијање“ из процесних разлога (члан 22), ЗУС СР на истоверним местима употребљава термин „одбацивање“.

10) Затим, ЗУС СР познаје⁷³ приговор против „одбацивања“ тужбе због неуредности или из процесних разлога, а црногорски закон – не⁷⁴.

11) Код судске пуне јурисдикције⁷⁵ у Србији је она, поред услова „природе ствари“, везана и за оцену суда да ли „чињенично стање пружа поуздан услов за то“ – док црногорски закон тај други услов не помиње, али предвиђа, поред осталог, могућност пуне јурисдикције ако је сам суд утврђивао чињенично стање на усменој расправи. Такође, у Србији је пунa судска јурисдикција искључена у дискреционим управним стварима, а дата је могућност да се она забрани и посебним законом.⁷⁶ Тих и таквих норми нема у ЗУС-у ЦГ.

12) Одлучивање по узорку је корисна могућност да се више битно сличних правних предмета – у чињеничном и правном смислу – делотворније и брже реши. И то тако да се расправи један, а други управно-судски поступци се прекину до правноснажности одлуке у изабраном предмету. Па се онда и остали реше на исти начин без усмене расправе.⁷⁷ ЗУС СР не познаје такву могућност.

13) Код усмене расправе, црногорски закон њено одржавање – осим код одлучивања по узорку – увек ставља зависним од воље странака: једино ако то странка захтева у тужби или у одговору на тужбу.⁷⁸ У

71 ЗУС СР, чл. 23, ст. 3.

72 Recommendation No. R. (89) 8 of the Committee of Ministers to States on Provisional Court Protection in Administrative Matters, 13. 9. 1989 (usvojena od strane Komiteta ministara na 428. sednici održanoj na nivou zamenika ministara), *Zbirka odabranih preporuka Saveta Evrope*, Beograd, 2004, 102–104.

73 ЗУС СР, чл. 27.

74 ЗУС ЦГ, чл. 21–22.

75 ЗУС СР, чл. 43. и 70–71, а ЗУС ЦГ, чл. 36.

76 ЗУС СР, чл. 43, ст. 2–3.

77 ЗУС ЦГ, чл. 24–25.

78 ЗУС ЦГ, чл. 28.

Србији,⁷⁹ пак, код утврђивања чињеница, усмена расправа у управно-судском поступку постала је правило,⁸⁰ а нејавна судска седница изузетак. До сада је било обрнуто.⁸¹ Тиме је *достигнут европски стандард о обавезности јавне расправе у сваком судском поступку*, постављеном у норми о праву на правично суђење.⁸² Тако, нови ЗУС одређује да „у управном спору суд решава на основу утврђених чињеница на одржаној усменој јавној расправи“. С друге стране, „суд решава на нејавној седници само ако је предмет спора такав да очигледно не изискује непосредно саслушање странака и утврђивање чињеничног стања“. Таква солуција је на линији бржег спровођења судског поступка у једноставнијим управним споровима, као и принципа суђења у разумном року – али не на штету законитости, истине и права странака. Штавише, „суд је дужан да посебно наведе разлоге због којих није одржао усмену расправу“; таква одредба до сада није постојала.⁸³

Најзад, нарочити случајеви одржавања расправе⁸⁴ представљају типове ситуација када расправа не сме да буде избегнута: „Веће суда ће увек одржати расправу због сложености предмета спора, или ради бољег разјашњења стања ствари, као и у случају из члана 30, став 3. овог закона“, тј. код решавања спора без списка. Такође, „расправа је обавезна и ако је у управном поступку учествовало две или више странака са супротним интересима као и када суд утврђује чињенично стање ради решавања у пуној јурисдикцији“.

14) Код ванредних правних лекова, Захтев за испитивање судске одлуке пред Врховним судом Црне Горе је могуће поднети без ограничења у погледу типова ситуација, те је он – иако ванредни – због тога ближи редовном судском правном леку него српски. Јер, према ЗУС-а СР,⁸⁵ истоврсни правни лек је допуштен само у три групе ситуација: 1) кад је то законом, ЗУС-ом или посебним законом предвиђено; 2) кад је Управни суд одлучивао у пуној јурисдикцији; 3) у стварима у којима је у управном поступку била искључена жалба.

79 ЗУС СР, чл. 33–34.

80 ЗУС СР, чл. 33, ст. 1.

81 Чланови 32–33 претходног ЗУС-а.

82 ЕКЉП, чл. 6.

83 Подразумева се да суд мериторно, тј. пресудом решава без расправе у случају из члана 28. ЗУС-а СР – Поништење управног акта у претходном поступку: ако суд нађе да акт садржи „такве недостатке у облику и саставним деловима који акт чине очигледно незаконитим“.

84 ЗУС СР, чл. 34.

85 ЗУС СР, чл. 49, ст. 2.

Надаље, ЗУС ЦГ предвиђа да одлуком Врховног суда по Захтеву за преиспитивање (...) не сме да буде преиначена првобитна одлука на штету странке, ако је само та странка поднела односни правни лек.⁸⁶ ЗУС СР такво ограничење у корист странке не садржи.

15) Правна могућност новчаног кажњавања руководиоца органа предвиђена је у Србији, и то: 1) због неодрживања позиву суда да наведе оправдане разлоге, односно због не достављања тражених исправа; 2) због непоступања по пресуди.⁸⁷ Тај правни институт у црногорском закону не постоји.

16) Најзад, разлике између разматраних закона су и код трошкова управно– судског поступка, односно спора: ко и када их сноси.⁸⁸ у Србији о томе у сваком случају одлучује суд, а у Црној Гори је потпуно другачије. Наиме, ако суд одлучује на нејавној седници свака странка сноси своје трошкове, а ако одлучује на јавној расправи – у погледу трошкова сходно се примењују парнични прописи.

IV Закључна разматрања

1. Све у свему, три се закључка намећу након упоредне анализе прописа у управном спору Србије и Црне горе. Први се тиче *односа са претходним истоврсним текстовима* у свакој од ових држава. ЗУС СР показује ту видан напредак, ЗУС ЦГ ипак нешто мањи. Други закључак се односи на *сличности ЗУС-а СР и новог ЗУС-а ЦГ*. Најважније су у деоницама поступка, као и у његовој (поступка) целокупној структури, нарочито што се тиче једностепености судског решавања, и судова који решавају по тужби и по правним лековима. Треће, *разлике између дотичних закона* нису ни малобројне, ни занемарљиве. Без обзира на идентичне корене, тј. југословенску правну традицију и савремене европске стандарде. Особито скрећем пажњу на другачије уређење правних института одлагања извршења, претпоставки за одржавање усмене расправе, пуне судске јурисдикције итд.

Сводно узев, *ЗУС СР, иако донет неколико година раније (крај 2009. у односу на лето 2016. године!), ипак је у целини нешто комплетнији и савременији текст*. Тако, у погледу начела о праву на правично управно суђење, код правне могућности судског одлагања извршења,

86 ЗУС ЦГ, чл. 47, ст. 4.

87 ЗУС СР, чл. 75–76.

88 ЗУС СР, чл. 66–67 и ЗУС ЦГ, чл. 39.

права на приговор против одбацивања тужбе, затим што се тиче новчаног кажњавања органа, покретање спора у случају ћутање управе... С друге стране, нарочито, црногорски закон покрива обухватнији предмет управног спора (у складу са ЗУП–ом ЦГ), одлучивање по узорку по правноснажности судске пресуде, као и шире поље примене Захтева за преиспитивање (...), а и забрану *reformatio in peius* код преиначавања одлуке Управног суда од стране Врховног суда по истом правном леку. ЗУС СР наведених одредаба нема.

Речју, сједињавање добрих страна оба закона, уз елиминисање анахроних солуција и попуњавање правних празнина – особито увођење двостепености управног суђења, даља специјализација управног судства (за све то је претпоставка уставно и законски другачија судска организациона шема у обе државе), затим увођење правног института привремене мере у корист тужиоца (привремено уређивање спорног односа, под законским условима), итд. – путоказ је даљег реформисања, у смислу и занатског и суштинског унапређења оба текста.

2. У свим управним материјама – па тако и у онима са наглашеним послоправним елементом – *ниво судске заштите се меродавним посебним законом не сме смањивати (тамо где такве одредбе поједини закони садрже)*⁸⁹ *испод нивоа заштите из законских прописа о управним споровима који иначе имају ранг основних, системских.* Јер, задржавам се на контексту Устава Србије, три су капитална, повезана уставна принципа који су чврста брана тој и таквој одступајућој правној регулативи: I. – јединственост правног поретка;⁹⁰ II. – достигнути ниво људских и мањинских права не сме се смањивати;⁹¹ III. – право на једнаку заштиту права и правно средство.⁹²

89 Примерице, Закон о заштити конкуренције Србије, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, 95/13, чл. 71–73 (Судски поступак) – отвара могућност другачијег специјалног правног уређивања од нареченог постулата – предвиђајући следеће: „У поступку пред судом ради испитивања законитости решења Комисије, примењују се одредбе закона којим се уређују управни спорови, ако овим законом није другачије прописано“ (члан 72. став 1). У члану 71–72 је тако нешто делимично и учињено, у шта се овде даље нећу упуштати.

90 Устав РС, чл. 4 и 194, ст. 1.

91 Устав РС, чл. 20, ст. 2.

92 Устав РС, чл. 36.

Zoran R. TOMIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

**ECONOMY AND JUDICIAL PROTECTION
IN ADMINISTRATIVE DISPUTE
– ADMINISTRATIVE DISPUTE IN SERBIA AND IN
MONTENEGRO –**

Summary

Administrative dispute is a kind of traditional way of judicial control of legality of administrative activities through administrative jurisdiction. It also relates to administrative matters with emphasized economic importance. The author analyzes the latest Law on administrative disputes of Montenegro by making comparisons with equivalent Serbian law. It is highlighted essential procedural relations between law on administrative procedure and law on administrative disputes. The author also points at improvements that bring the latest Law on administrative disputes of Montenegro. At the end, author concludes that laws relating administrative disputes have number of similarities, although Serbian law is in more questions – principle of right to fair trial, legal possibility of judicial delay of execution, complaint to decision of a single judge, pecuniary punishment of administrative organs, administrative dispute in the case of silence of administration and so on – more advanced and more complete. On the other side, Serbian Law on administrative disputes is not harmonized with new Law on general administrative procedure. Summa summarum, both laws could be improved in accordance with European standards, especially in respect of disputes subject to the courts of general competence as well as legal remedies. These improvements are connected with different organization of judicial network, especially with the introduction of system of administrative jurisdiction and primarily with the introduction of two instances of administrative jurisdiction.

Key words: *administrative dispute, economy, administrative procedure, administrative matter, administrative act, administrative activity, complaint, contentious administrative remedy, decision, verdict, obligatory force of decisions, irrevocability.*

Др Јован ЂИРИЋ
Уставни суд Србије
Саво МАНОЈЛОВИЋ
Институт за упоредно право

СОЦИЈАЛНИ КАПИТАЛ

Резиме

Социјални капитал је вишезначан социолошки феномен кроз који се у великој мери преламају филозофски, правни, економски и други друштвени интереси. Реч је о појму који подразумева бригу о јавном интересу и служењу заједници, односно рад за општу ползу. Феномен социјалног капитала подразумева и јачање заједништва, па има извештан кохезивни карактер и учвршћује дух заједништва. Он може бити изузетно користан и благотворан за заједницу, како у конкретним реалним ефектима, али тако и у једном осећају заједништва и сигурности. Истовремено, међутим, социјални капитал јесте извор и високе профитабилности за појединца.

Бројне волонтерске и хуманитарне организације заправо представљају широку мрежу контаката кроз које појединци упознају људе из различитих браниши, проширују видике, склапају нове послове, али и раде на развоју социјалних вештина. Такође, млади људи могу стећи значајна пословна и социјална искуства.

Кључне речи: *социјални капитал, волонтирање, јавни интерес, опште добро.*

Најопштије речено, социјални капитал је способност људи да раде заједно, за заједничке сврхе у групама и организацијама. Та способност је битна не само за економски живот, већ и за остале сфере друштва.¹ Имајући све то у виду САД су држава – друштво где се на најбољи могући на-

1 Саша Гајић, Социјални капитал, модернизација и традиција, доступно на адреси: srpska-dijaspora.org/2014/02/04/socijalni-kapital-modernizacija-i-tradicija.

чин могу сагледавати многи различити аспекти читавог овог феномена званог „социјални капитал“.

Сваког човека када допутује у Америку одмах опседну различите импресије, па је тако било и са двојцом потписника ових редова када су јануара 2017. године допутовали у Њујорк. Посебан утисак нису међутим били ни високи солитери, ни гужва на улицама, нити пак луксузне лимузине у неописивој саобраћајној гужви, а исто тако ни блештаве рекламе на Тајмс скверу.² Посебан утисак оставила је једна бакица у Централ парку која је тог преподнева као волонтер објашњавала посетиоцима где и шта могу видети и пронаћи. Касније су ова двојица Срба на пропутовању кроз Њујорк, срели још многе волонтере по знаменитим музејима и на другим сличним местима и поставили су себи једноставно питање: „да ли је тако нешто могуће и у Србији?“ Ако већ немамо такво богатство које је видљиво на сваком кораку и снагу која импресионира, можда бисмо могли да имамо више обичних људи који су спремни да своје слободно време и уопште нешто своје, новац, енергију или шта већ, поклоне у неке опште сврхе? Или је можда општи дух себичног индивидуализма и неповерења у друге и друштвену заједницу, оно што и даље карактерише Србију, а по већ општепознатом, традиционалном српском принципу - афоризму „да комшији цркне крава!“ Занимљиво је међутим да ова двојица Срба из наше приче уопште нису били ни први, ни једини, које је тако нешто импресионирао у Америци. Тако је, на пример, знаменити француски социолог и политиколог Алексис де Токвил, 1830. када је посетио Америку, највише био импресиониран тиме како су Американци у стању да организују читаву мрежу друштвених, хуманитарних, религијских, добротворних организација и да онда на општу корист и добробит делују кроз њих.³

С тим у вези, намеће се и асоцијација на америчког председника Џона Кенедија, који је остао упамћен, између осталог, и по реченици: „Никада не питај шта је држава учинила за тебе, већ се увек прво питај шта си ти урадио за државу!“⁴ Тако долазимо до појма о којем овде гово-

2 Наравно све то оставља јак утисак, али, солитера, лимузина, реклама и ужурбаних људи има свуда у свету.

3 У тексту од насловом „Social Capital: A Review of the Literature“, доступно на адреси: webarchive.nationalarchives.gov.uk/20160105160709/http://www.ons.gov.uk/ons/guide-method/user-guidance/social-capital-guide/the-social-capital-project/social-capital-a-review-of-the-literature.pdf.

4 Доступно на адреси: <http://pollitika.com/upitajte-se-ne-sto-vasa-domovina-moze-uciniti-za-vas-nego-sto-vi-mozete-uciniti-za-svoju-domovinu>.

римо, а то је „социјални капитал“. То није правни феномен, иако и те како има везе са правом, а није ни економски феномен, иако је, такође, врло повезан са економијом. Можда је, када говоримо о социјалном капиталу, превадходно реч о социолошком феномену, али је свакако реч о једном занимљивом, вишезначном и значајном феномену, који је нарочито у последње време веома актуелан, пре свега у иностраној, западној литератури и нарочито онда када се покушава објаснити зашто су поједина друштва економски успешнија од других.

У покушају да се овај феномен дефинише и објасни, употребљавају се различити други појмови, па тако на пример: „друштвена енергија“, „заједнички дух“ (*community spirit*), „друштвене везе“, „грађанска врлина“, „заједничке мреже“ (*community networks*), „добросуседство“, „друштвени лепак“.⁵ Нема сумње да сваки од ових овде употребљених појмова, (до)даје макар један делић на општу мозаичну слику и дефиницију феномена „социјални капитал“. Такође је јасно, нарочито у најновије интернет – фејсбук време, колики је значај социјалних мрежа и заједничких социјалних акција, када су се у појединим државама одигравале чак и читаве револуције и значајне политичке промене, захваљујући координираним акцијама људи који су имали заједнички дух, идеју, координирану активност и пре свега спремност да заједнички делују ка неком општем циљу. У том се смислу може рећи да је овде реч о карактеристикама друштвене организације, као што су поверење, норме и мреже, које могу побољшати ефикасност друштва кроз ширење заједничких активности.⁶ Такође, у том контексту овде треба поменути и савременог америчког политиколога, професора са Харварда, Роберта Путнама, који је почетком деведесетих година двадесетог века, био један од првих који су се на свеобухватан начин бавили овом темом „социјалног капитала“,⁷ у једној књизи која је третирала ситуацију у Италији – односно разлике између италијанског „севера“, на којем влада дух друштвене координираности, за-

5 Доступно на адреси: webarchive.nationalarchives.gov.uk/20160105160709/http://www.ons.gov.uk/ons/guide-method/user-guidance/social-capital-guide/the-social-capital-project/social-capital-a-review-of-the-literature.pdf.

6 Paul F. Whitley, „The Origins of Social Capital“, *Social Capital and Eutopean Democracy*, London, 1999, 28.

7 Истине ради, треба рећи да се о социјалном капиталу писало, говорило још пре сто година. Тако је на пример извесна Линда Ханифан још 1916. писала, разматрала тему како комшије могу радити заједно, сарађивати на томе како да надгледају школе и школство, односно, писала је о томе како је социјални капитал својеврсни лепак који омогућава међусобну сарадњу, размену и иновације. Доступно на адреси: <https://www.oecd.org/insights/37966934.pdf>.

једничких циљева и интереса и „југа“ који је нешто што је сасвим супротно томе.⁸ У једном другом тексту који третира проблематику „социјалног капитала“, Путнам, између осталог каже како су Американци нација која међу собом има највише поверења једне у друге и нација која је више од било које друге нације спремна да се ангажује за општу корист и општу добробит. Он, међутим тврди како социјални капитал опада и у САД, па тако пише о томе како је једно истраживање показало да је 1960. године чак 58 одсто људи у Америци имало поверења у друге људе, у то да ће се и ти други понашати позитивно и учинити неку добру и корисну ствар. Године 1993. таквих је било свега 37 одсто, каже Путнам.⁹

Једно је свакако тачно када говоримо о социјалном капиталу и читавом сету сличних питања: једна је ситуација ако ви сумњате да ће се и други понашати поштено, да ће поштовати формално или неформално прописане норме, а друга је ситуација ако ипак верујете да ће и други актери бити поштени и придржавати се прописаних норми. Ово је посебно значајно када говоримо о корупцији. Јер, у друштву у којем се много прича о корупцији, корупције ће свакако бити,¹⁰ исто као што ће је бити тамо где свако сумња у то да ће се онај други придржавати правила. Ако ви сумњате да ће ваш комшија почистити испред своје куће, онда ни ви нећете почистити испред своје и обрнуто. У том смислу, о социјалном капиталу се може говорити и као о очекивању чланова заједнице да ће се други понашати регуларно, поштено и кооперативно, пре свега захваљујући томе што деле одређене норме, етичке вредности, као претходни морални консензус међу члановима групе.¹¹ Морални консензус дакле, као и међусобно поверење, веома су важни за функционисање сваког друштва, а пре свега на плану борбе против корупције и других анти-социјалних појава. Све то има и те какве везе и са Путнамовом причом о италијанском „северу“ и „југу“. Могло би се рећи да оно што многи истраживачи тврде да корупција директно утиче на пад бруто друштвеног производа, односно смањење економског раста¹² можда то све има врло

8 Robert Putnam, „Making Democracy Work: Civic Tradition in Modern Italy“, Princeton University Press, 1993.

9 Robert Putnam, „Bowling Alone – America's Declining Social Capital“, *Journal of Democracy*, January 1995, 65-78, доступно на адреси: archive.realitator.org/sites/default/files/BowlingAlone.pdf.

10 Немања Ненадић, „Појам и узроци корупције“, *Корупција, основни појмови и механизми за борбу*, Београд, 2007, 15.

11 С. Гајић, *idem*.

12 Pak Hung Mo, „Corruption and Economic Growth“, *Journal of Comparative Economics*, Vol. 29, Issue 1/2001, 66-79.

тесне везе са једним другим феноменом: „када видим да нико не чисти испред своје куће, онда нећу ни ја чистити“. На крају ће све остати непочишћено. Или, „када видим да и други краду, онда ћу красти и ја, па ће свеопшта крађа постати нешто што је доминантан образац понашања у друштву. То је у ствари оно што се још назива синдром „поломљеног прозора“. Двојица америчких криминолога су 1982. лансирала теорију, по којој уколико на једној згради у суседству постоји неки прозор који је поломљен и који ту тако стоји непоправљен, то је сигнал (порука) да је то напуштено, да о томе нико не води рачуна и да је све дозвољено.¹³ Дотична двојица (Wilson и Kelling) су анализирали резултате активности које је држава Њујорк започела у 28 градова средином седамдесетих година: „Програм сигурног и чистог комшилука“. Није дошло до непосредног смањења криминалитета, али се код грађана из комшилука вратио осећај сигурности и поверења у полицију (државу).¹⁴

Социјални капитал јесте дакле нешто што има везе са друштвеном кохезијом, па самим тим и са економијом, али и анти – криминалном делатношћу неформалног типа, а пре свега путем институције тзв. *neighborhood watch*. То је нешто што је настало у САД, почетком шездесетих година, након трагичног убиства извесне девојке Кити Ђеновезе, када се развио систем надгледања и упозоравања у комшилуку – људи су пазили на безбедност имовине, људи и пре свега деце у школама у свом непосредном окружењу – комшилуку. Практично нека врста онога што се код нас називало „друштвена самозаштита“. ¹⁵ Кенедијевски речено, људи нису више седели „скрштених руку“ очекујући од државе да им она реши све проблеме, већ су сопственим само-ангажовањем почели да доприносе сопственој, али и општедруштвеној безбедности. То је имало утицаја и на остале сегменте друштва, па се тако у читавим САД, а нарочито у малим срединама, развијао и неговао дух волонтерских, хуманитарних активности. Наравно томе би се можда могло приговорити да су богати људи на тај начин „прали своју савест“, али све је то доприносило развијању духа општедруштвеног заједништва, који је имао своје позитивне економске и друштвене ефекте.

13 James Q. Wilson, George L. Kelling, „The Police and Neighborhood Safety: Broken Windows“, доступно на адреси: www.manhattan-institute.org/pdf/-atlantic-vroken-windows.pdf.

14 Јован Ђирић, „Поглед у туђе двориште кроз поломљени прозор“, *Страни правни живот*, бр. 1/2011, 13-14

15 Јован Ђирић, „Ђеновезе синдром“, *Страни правни живот*, бр. 1/2010, 127-143.

Социјални капитал кореспондира са друштвеном хомогеношћу, где су појединци усмерени ка деловању зарад колективних циљева,¹⁶ а као највреднија последица свега тога јесте јачање међусобног поверења, норми и односа унутар друштвених мрежа што је добро за демократију и степен политичке партиципације, када се кроз форсирање колективног деловања, интензивирају норме повезане са грађанским дужностима.¹⁷ Тако се у ствари може рећи да када говоримо о социјалном капиталу, две кључне речи су овде од посебне важности, а то су „поверење“ и „грађанске дужности“, што све на крају крајева нагони појединце да поштују правила, правила које друштвени живот чине поузданим и предвидивим.¹⁸

Поверење је нешто што у принципу кореспондира са поштовањем, односно неповерење одговара непоштовању. Оно или онај у кога имате поверења, то и поштујете и обрнуто: тешко да можете да поштујете нешто у шта немате поверења.

Један од свакако најважнијих делова читаве приче о социјалном капиталу јесте и прича о волонтеризму. У том смислу треба рећи да у Европи волонтира више од 100 милиона људи. У Пољској волонтира 18 % становништва, док је у Немачкој и Ирској тај проценат 33%, а у Великој Британији проценат људи који волонтирају иде и до 38%. Сматра се да друштва која подржавају идеју волонтеризма имају вишеструку добит кроз директне уштеде, а и у чињеници да се повећава задовољство грађана – волонтера због осећаја доприноса заједници.¹⁹ Већ сама чињеница да је волонтерски рад нешто што је евидентно карактеристично за економски развијена, просперитетна друштва, већ сама та чињеница доста говори да је то начин да се грађани активно укључе у друштвене процесе, затим да дају свој допринос заједници, да помогну маргинализованим групама, али исто тако и начин преношења знања, као и учења од других, јер, помажући другима, човек тада помаже самом себи.²⁰ Без обзира колико теоријског знања неко стекао током школовања, свакако није наодмет то знање проверити, односно надопунити кроз неке практичне активности, а ту је управо реч о волонтеризму.

16 Ђорђе Стојановић, „Социјални капитал и цивилно друштво: концепт грађанина – лидера“, *Социолошка луча*, бр. IV/2 2010, 117.

17 *Ibidem*.

18 Ђ. Стојановић, 119.

19 Доступно на адреси: www.alda-europe.eu/plus/public/publication/84-volonterizam.pdf.

20 *Ibidem*.

Полазећи од тога да човек помажући другима, помаже у ствари самом себи, можда би требало истаћи то да се свет мења твојим примером, а не твојим мишљењем.²¹ Волонтеризам дакле поспешује активизам: треба бити активан и то је начин да се макар нешто мало промени. У вези са тим треба посебно истаћи и оно што је знаменита америчка антрополошкиња Маргарет Мид говорила: „Никада не потцењујте могућност да мала група људи може да промени свет. Заправо они су једини до сада то чинили“.²² Врло значајно јесте подстицање активизма код људи и то нарочито код младих, али исто тако и код генерације старијих људи. Млади људи се у социо-психолошком смислу могу налазити у некој врсти апатије. На пример у нашим, српским условима, то често значи стално незадовољство младих људи, а по систему „овде ништа не ваља“, а то подразумева и њихово непрекидно размишљање о томе како да оду из Србије и како да негде другде започну неки нови, бољи, успешнији живот.²³ Уместо тога, пре свега за младе људе је у психолошком, али и општедруштвеном смислу свакако боље да се путем волонтеризма и социјалног активизма, извуку из затвореног круга песимизма и својеврсног незнања.²⁴ Осим што волонтеризам и социјални активизам могу имати врло великог психолошког значаја за младе људе, они обично имају и друге позитивне ефекте. То је обично врло добра прилика за стицање професионалних знања и искустава, за обучавање, исто као и за размену тог искуства и знања са другим људима.

Волонтеризам се често посматра кроз призму бесплатног рада, па код нас често има и једно негативно значење у доживљају да неко заправо бива израбљиван бесплатно. Кроз волонтирање се међутим може добити много тога, па се може посматрати и као инвестирање у себе. Млади људи кроз волонтирање врло лако стичу неопходна искуства која их сутрадан чине знатно способнијима од њихових вршњака. На тај начин они врло често могу заправо за свој волонтерски рад бити плаћени кроз знање које добијају. Чувени кинески милијардер Џек Ма, животну филозофију успеха сажео је кроз своју причу шта у којој доби треба радити, па

21 Доступно на адреси: <http://www.nshronika.rs/intervju-dana/goran-crnojevic-svet-se-menja-tvojim-primerom-a-ne-tvojim-misljenjem/>.

22 Доступно на адреси: <https://slideshare.net/dusanjerkovic/aktivizam-volonterizamodidejedorealizacije>.

23 На свој начин јесте иронија управо и у томе да тамо „другде“ о чему млади људи из Србије маштају, тамо се цени волонтеризам и друштвени активизам.

24 Ово се не односи само на младе људе, већ и на припаднике треће генерације, који се након пензионисања могу осетити одбачено и не много вредно, што такође може имати негативне психолошке ефекте.

је тако навео да у првих десет година свог радног искуства треба учити ствари од оних који већ знају како се нешто ради и следити добре лидере.

Постоје озбиљне студије које потврђују немачку крилатицу *Übung macht den Meister* (Вежба ствара мајстора). Наиме, ко год жели да постане врхунски стручњак у свом послу, потребно је да један огроман број сати проведе практикујући активности за које се припрема. Крајем прошлог века психолог Андерс Ериксон спровео је занимљиву студију на једној музичкој академији у Берлину. Студенти су подељени у три групе. У прву су сврстани већ бриљантни музичари, за које се верује да имају потенцијала да постану звезде светске класе. У другу су сврстани солидни музичари, док су трећу групу чинили студенти који немају никакве шансе да одрже и један озбиљнији солистички концерт у каријери, па им је максимални домет у музици био посао предавача музичке културе у некој државној школи. Након што је извршено разврставање студената, кренуло се са испитивањем колико су заправо времена радили на свом музичком таленту. Без икаквих одступања истраживање је показало да је основни критеријум за разврставање у групе било време проведено у вежбању. Као деца сви су почели да свирају око пете године вежбајући по два-три сата недељно. Око осме године почеле су да се испољавају разлике па су они најбољи почели да вежбају знатно дуже константно повећавајући број сати проведен са својим омиљеним музичким инструментом (у деветој години – шест сати недељно; од дванаесте – осам; и тако даље, да би у једном моменту свирали и по тридесет сати недељно). Врхунски музичари су до своје двадесете године испунили квоту од 10.000 сати, они солидни су стигли до 8.000 сати, а они најслабији су у вежбању провели око 4.000 сати.²⁵ И друге студије показују да је заправо 10.000 сати магична бројка за било коју делатност. Данијел Левтин, неуролог, сматра да је тај број сати вежбања управо потребан да би се „достигао професионализам који се доводи у везу са експертима светског реномеа – што важи за сваку делатност“. „Спроведено је много студија – о композиторима, кошаркашима, писцима белетристике, клизачима, концертним пијанистима, шахистима, највештијим криминалцима – а та бројка појављује се у свим тим студијама. (...) до сада се није појавио нико ко је за краће време успео да постане светска звезда. Изгледа да је мозгу потребно баш толико времена да преради све што је потребно да зна да би се достигао ниво правог мајстора“ (Данијел Левитин).²⁶

25 Малколм Гледвел, *Натпросечни*, 40.

26 М. Гледвел, 41.

Неспорно је да таленат игра велику улогу, али само огроман рад чини људе врхунским у њиховој професији. Волонтирање пружа управо могућност достизања овог броја сати младим људима. Реч је о сјајној шанси младим људима да раде на развоју својих социјалних и комуникационих вештина, презентационих и говорничких способности, вештини опхођења са људима и сијасет других ствари.

Волонтеризам (социјални активизам) такође је и добра прилика за умрежавање и повезивање са другим (младим) људима, не само на националном, већ на интернационалном плану.

Значај друштвених веза заправо је један од најбољих примера социјалног капитала. За анализу феномена „друштвених веза“ чувен је експиремент психолога Стенлија Милиграм који је желео да установи повезаност људи. У експерименту је узето 160 насумичних имена из именика људи у Омахи и сваком је послат пакет, са молбом да се пакет достави берзном брокеру у Бостону у Шарону. Иако је било садржано име и адреса примаоца поште, задатак је био да се пакет пошаље особи коју знамо, а за коју се верује да ће најлакше доставити пакет крајњем примаоцу. Тако би рецимо неко ко има рођака у Бостону послао пакет њему, логично претпостављајући да ће он лакше наћи неког ко познаје његовог сутрађанина. На самом крају експеримента, Милиграм је желео да утврди колико руку је просечно прошао један пакет са једног на други крај земље, како би се утврдила повезаност људи у свету. Просечан резултат је био да је пакет стизао између пет и шест руку, па је тако настао „Концепт шест степена раздвојености“.²⁷

Малком Гледвел се у свом капиталном делу „Тачка преокрета“ бави даљим проучавањем значаја друштвених веза и управо полази од Милиграмовог поменутог истраживања и дефинише социолошки феномен „Закон неколицине“. Када се дубље проанализира претходно описан Милиграмов експеримент установила се асиметричност приликом стизања поште. Посебно занимљив феномен је био да је највећи број писама стигао преко три особе као претпоследње карике. Милиграм их означава као господина Џејкобса, господина Брауна и господина Џоунса. Реч је о изразито занимљивом феномену да је од 160 насумичних писама, половина њих пут до тотално непознате особе на другом крају тако велике земље пронашло преко само три особе. Људи су употребљавали различите тактике и користили различите врсте друштвених веза. Неки су ишли преко рођач-

27 Малколм Гледвел, *Тачка преокрета*, 34-35.

ких веза. Други преко пријатеља са факултета, колега итд. Међутим, као што су некад сви путеви водили у Рим, тако се испоставило да је половина путева до бостонског брокера водила преко споменуте три особе.

Малколм овај феномен сажима у „Закон неколицине“: „То само значи да је један мали број људи међусобно повезан у само неколико корака, а да смо сви ми остали повезани са светом преко тих неколико посебних људи“.²⁸ Даљим продубљивањем овог социолошког феномена Малколм закључује да су друштвене групе устројене попут пирамиде, а да се на њеном врху налази једна особа или ужи круг људи који заправо спајају остале и преко којих су сви остали повезани. Малколм их назива „везистима“ – то су „људи који повезују са светом, који чине мост између Омахе и Шарона, који нас уводе у наше друштвене кругове – на које се ослањамо више него што смо свесни, људи са посебним даром да зближавају свет“.²⁹

Значај везиста међутим није само у квантитету њихових веза, већ и у врсти људи који познају. Људи који познају велики број људи унутар своје бранше и једног света у коме се крећу, заправо остају лимитирани у том свету. Примера ради етаблиран адвокат или правник са великим бројем веза, не отвара ништа ново свом пријатељу који је, такође адвокат са сличним друштвеним кругом. Зато су прави везисти заправо људи који имају приступ различитим друштвеним групама. „Они су људи до којих свако од нас може стићи у неколико корака, јер они успевају да буду присутни у различитим световима, субкултурама и улогама“.³⁰ Када се мало промисли и проанализира поставка Малколмових теза, заправо се може приметити да основу ових друштвених веза чини квалитет, а не квантитет веза у још једном смислу. Наиме, продорност у читав један друштвени круг нам може отворити само једна или пар битних особа које су умрежене и повезане са другим људима из те бранше. Познанство са два адвоката која су познати у целој правној бранши може отворити сва врата и у смислу концепта друштвених веза, заправо, значи више од познавања десетак недруштвених и познатих адвоката.

Волонтирање у различитим организацијама, управо, зближава људе унутар исте друштвене групе, али истовремено и умрежава особе из различитих друштвених група. Тиме, заправо, људи добијају приступ широком кругу људи, али и разним друштвеним групама. Многе светске во-

28 М. Гледвел, 36.

29 М. Гледвел, 38.

30 М. Гледвел, 49.

лентерске организације управо су засноване на овом принципу, а и у значајној мери су кроз своје устројство и начела, ослоњени на опажања израчунана у овом спису о социјалном капиталу. Најмасовнија светска волонтерска организација Rotary са око 1.200.000 чланова управо у великој мери примењује наведене моделе друштвених веза. Она је сама управо и формулисана кроз пријем људи који су лидери у својој области, али су предани служењу заједници кроз волонтеристички и хуманитарни рад. Њен основни концепт устројства заправо и јесте да унутар једног клуба који броји 20-30 чланова заправо имате лидере из различитих области. На тај начин заправо једна особа има могућност да постане „везиста“ из Малкомовог „Закона неколицине“, јер има проходност ка другим браншама. Људи често овакав вид удруживања сматрају лукративним и прорачунатим и без праве искрености, сматрајући да људи своје време проводе заправо како би се окружили утицајним људима без искрености. Међутим, то је често површно посматрање. Провођење времена у једној скупуни људи у којој своје време издвајате ради племенитих циљева, не можете радити на дуго рок лажно. Једноставно као и у свим социјалним ситуацијама (школи, факултету, војсци, спортском клубу, послу, семинару правника...) са неким људима се скапирате, са неким не. Један широк круг познанстава међутим људима пружа могућност да презентују себе, да науче занимљиве ствари од људи из других бранши, прошире видике, склопе послове, употпуне свој друштвени живот, сјајно се забаве и учине нешто добро за заједницу.

Чињеница да делите исте вредности, а и сама припадност одређеној организацији чини вас ближа тим људима. Самим тим социјални капитал се увећава. Људи међусобно препознају квалитете једни других, размењују информације, склапају послове, а кроз сам хуманитарни рад и сарадњу могу проћи у међусобне врлине и мане. Лични контакти су изразито битни. И то не у оном пежоративном значењу речи „веза“, који се запатио код нас, а који имплицира непотизам, односно корупцију. Социолог Марк Грановетера који је у својој студији из 1974. пратио неколико стотина стручњака и техничара у Њутону, предграђу Бостона, установио је да је 56% пронашло посао преко личног познанства; а само 20% преко директног конкурса, док је остатак користио агенције за запошљавање и остала посредништва.³¹ У данашњем свету кад су средства комуникације и доступност медија мултипликовано распрострањени, па сада неко

31 М. Гледвил, 54.

ко гледа посао не може праћењем мањег броја новина да покрије главне изворе информација, такви лични контакти су још битнији.

Волонтеризам је дакле нешто чему се у савременом свету данас придаје посебна важност, па у том смислу постоји неколико врло значајних међународних организација које се баве овом тематиком. Ту је реч о организацији IAVE – International Asociation for Vounteer Effort, која је основана 1970. да би промовисала и јачала идеју волонтеризма, са члановима у 70 земаља света, а пре свега у смислу успостављања глобалне мреже невладиних организација, бизнис организација и националних волонтерских центара.³² Треба свакако поменути и Универзалну декларацију коју је ова међународна организација донела у Холандији 2001. године, а где се каже да је волонтеризам камен темељац цивилног друштва у правцу ширења мира, слободе, шанси, безбедности и правде за све људе.³³ Волонтеризму се дакле у свету освећује посебна пажња, јер се сматра да друштво које подржава и охрабрује волонтеризам јесте друштво које промовише добробит својих грађана, па у том смислу треба свакако поменути још једну међународну организацију при УН, а то је организација UNV (United Nations Volunteers), чији програм и активности доприносе миру и развоју широм света. То је организација која је активна у 130 земаља света, са седиштем у Бону у Немачкој, а која има своје центре и у Њујорку при Уједињеним нацијама, исто као и у Бангкоку, Дакару, Најробију и Панами и своје врло конкретне програме.³⁴

Неко би наравно овде могао констатовати како све ово о волонтерском раду у врло великој мери личи на некадашње омладинске радне акције из времена социјализма, исто као што и малопре помињани *neighborhood watch* подсећа на друштвену самозаштиту. Једна је ствар ту ипак тачна: не значи да све што личи на социјализам, да је то самим тим негативно. Ми бисмо рекли чак напротив – олако смо заборавили многе позитивне карактеристике и позитивне појаве из времена социјализма, при чему ту не треба мислити само на социјалну правду. У сваком случају друштва у којима је развијена традиција добровољног – волонтерског рада су уједно друштва у којима постоји релативно висок степен међусобног поверења, односно поверења да ће и други чланови заједнице поштовати постављене норме, као и поверења у институције, а то ће рећи пре

32 Доступно на адреси: <https://www.iave.org/about-iave/strategic-direction>.

33 Доступно на адреси: www.fcsh.uni.pt/ensino/voluntariado/DeclaraoUniversaldoVoluntariadode.laneriode2001.pdf.

34 Доступно на адреси: <https://www.unv.org/about-unv/who-we-are>.

свега поштовање правила, поштовање права. То су друштва са већим социјалним капиталом, друштва где се правне норме у већој мери поштују и где запрећена санкција не мора играти неку посебно велику улогу, јер просто међу члановима друштва постоји јака традиција и обичајне норме, норме које кажу: „то се не ради“.

Jovan ĆIRIĆ, PhD

The Constitutional Court of the Republic of Serbia

Savo MANOJLOVIĆ

Institute for Comparative Law, Belgrade

SOCIAL CAPITAL

Summary

Social capital is a multifaceted sociological term through which philosophical, legal, economic and other social interests intertwine. This phenomenon is in correlation with public interest and serving the community that is working for the common good. It also encompasses the strengthening of togetherness, and so it has a certain cohesive character and affirms the spirit of togetherness. Social capital can be exquisitely useful and beneficial for the community, inasmuch as in concrete real effects but also in a feeling of togetherness and security. Simultaneously, however, social capital can be viewed as highly profitable for the individual too.

A number of volunteer and humanitarian organisations actually represent a vast network of contacts through which individuals meet people from different sectors, expand their horizons, make new deals, but also work on the development of social skills. Likewise, young people can acquire significant business and social experience.

Key words: *social capital, volunteering, public interest, public good.*

Др Синиша ДОМАЗЕТ, научни сарадник
доцент Универзитет Едуконс у Сремској Каменици

ДРЖАВНА ПОМОЋ ЗА РАЗВОЈ ШИРОКОПОЈАСНИХ МРЕЖА – ЈЕДАН ОД ТЕМЕЉА ЈЕДИНСТВЕНОГ ДИГИТАЛНОГ ТРЖИШТА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Резиме

Државна помоћ за развој широкопојасних мрежа је а priori недопуштена у праву конкуренције Европске уније. Ипак, под одређеним условима државна помоћ може бити компатибилна (спојива) са унутрашњим тржиштем. Услови за одобравање државне помоћи постављени су у члановима 107-109. Уговора о функционисању ЕУ, као и у Смерницамао примени правила о државној помоћи у односу на брз развој широкопојасних мрежа. Истраживањем је утврђено да су институције Уније углавном одобравале нотификоване мере помоћи. Ипак, било је и случајева у којима је утврђено да се не ради о државној помоћи, као и случајева када је државна помоћ проглашена инкомпатибилном са унутрашњим тржиштем. У раду се аутор руководио са два метода: позитивно-правним методом, као и правно-логички методот индукције и дедуције.

Кључне речи: право, широкопојасне мреже, државна помоћ, дигитално тржиште, Европска унија.

І Увод

Широкопојасне мреже (*broadband*) постају један од кључних сегмената у развоју модерне привреде. Стога, не треба да чуди њихов брз и силовит развој.¹ Промене у области информационих и комуникационих

* Овај рад је део истраживачког пројекта под шифром 47009 (Европске интеграције и друштвено-економске промене привреде Србије на путу ка ЕУ), финансираног од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1 М. Hensey, О. Reymond, А. Riedl, S. Santamato, J. G. Westerhof, „State aid rules and public funding of broadband“, *Competition Policy Newsletter*, 1/2005, преузето из: Синиша Домазет,

технологија се одвијају великом брзином, доносећи притом огромне могућности за иновације и запошљавање. То је препознала и Европска комисија (у даљем тексту: Комисија), која је донела одговарајућу *Стратегију јединственог дигиталног тржишта за Европу* (у даљем тексту: Стратегија),² у којој је истакла да је један од кључних приоритета стварање јединственог дигиталног тржишта. На јединственом дигиталном тржишту обезбеђено је слободно кретање робе, лица, услуга и капитала, а појединци и предузећа могу несметано приступати активностима на интернету и вршити их у условима поштене конкуренције, као и уз висок ниво заштите потрошача и личних података, без обзира на њихово држављанство или место боравишта.³

Стратегија јединственог тржишта заснива се на три стуба: а) бољем приступу потрошача и предузећа роби и услугама на интернету у целој Европи; б) стварањем одговарајућих услова за процват дигиталних мрежа и услуга, као и в) искоришћавању пуног потенцијала раста европске дигиталне економије.⁴

Значај развоја широкопојасних мрежа истакнут је и у *Дигиталној агенди за Европу* (у даљем тексту: Дигитална агенда), донетој још крајем 2010. године.⁵ Ту је постављен циљ да основне широкопојасне мреже буду доступне свим становницима ЕУ до 2013. године, али и да сви Европљани имају приступ интернету великих брзина (изнад 30 *Mbps*), односно да 50% или више домаћинстава у Европи буде претплаћено на интернет брзине изнад 100 *Mbps*. Да би се ови циљеви остварили, процењено је да је неопходно инвестирати у развој широкопојасних мрежа износ од 60 милијарди евра за брзине изнад 30 *Mbps*, односно 270 милијарди евра за брзине преко 100 *Mbps*.⁶ Значај инвестирања у развој широкопојасних

„Нове смернице ЕУ о примени правила о државној помоћи за развој широкопојасних мрежа“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 3-4/2013, 156.

2 Communicaton from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, {SWD(2015) 100 final}, COM(2015) 192 final.

3 Стратегија, 3.

4 Стратегија, 3-4.

5 Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European economic and social committee of the regions, *A Digital Agenda Europe*, Brussels, 26.8.2010, COM(2010) 245 final/2.

6 Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *European broadband: investing in digitally driven growth*, COM (2010) 0472 final.

мрежа може се видети и у истраживању Светске банке, у коме се истиче да повећање пенетрације широкопојасних прикључака од 10%, утиче на повећање бруто друштвеног производа за 1,3%.⁷ С обзиром на заостајање Европе са увођењем широкопојасног интернета, нарочито у руралним подручјима,⁸ не треба да чуди што се у Дигиталној агенди позивају државе чланице да користе јавно финансирање, у складу са правилима ЕУ о конкуренцији и државној помоћи.⁹

Треба истаћи да обим појма државне помоћи дуго није био прецизно дефинисан актима примарног и секундарног законодавства Уније (мада је то учињено кроз богату праксу њених институција), па је Комисија о томе сачинила *Обавештење о појму државне помоћи из члана 107(1) Уговора о функционисању Европске уније*,¹⁰ у коме је детаљније разјаснила овај до тада прилично неодређен концепт.

У вези са државном помоћи за развој широкопојасних мрежа Комисија је донела одговарајуће *Смернице о примени правила о државној помоћи у односу на брз развој широкопојасних мрежа* (у даљем тексту: *Смернице*).¹¹ Поред тога, на државну помоћ за широкопојасне мреже примениће се и чланови 107-109 Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту: УФЕУ). У тексту који следи, биће више речи о поменутих Смерницама, као и пракси институција Уније у овој области.

II Основна решења Смерница о примени правила о државној помоћи у односу на брз развој широкопојасних мрежа

Кад је реч о садржини Смерница, треба истаћи да се у њима наводи да, осим ако је Уговорима другачије предвиђено, свака помоћ коју додели држава чланица или која се додељује државним средствима у било којем облику којим се нарушава или прети да ће се нарушити конкуренција стављањем одређених предузећа или производње одређене робе у повољнији положај, инкомпатибилна је са унутрашњим тржиштем у мери у којој ути-

7 Економски институт / Економски факултет, *Посткризни модел економског раста и развоја Србије 2011-2020*, Београд, 2010, 233, преузето из: С. Домазет (2013), 156.

8 European Commission, *Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, 2010, 12.

9 *Дигитална агенда*, par. 2.4, Key Action 8.

10 Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union [2016], OJ C262/1.

11 European Commission, *EU Guidelines for the application of State aid rules in relation to the rapid development of broadband networks*, [2013] OJ C25/1.

че на трговину међу државама чланицама.¹² Дакле, из наведеног става се може закључити да је додела државне помоћи *a priori* недопуштена, осим уколико Уговорима није другачије предвиђено. Дакле, институције Уније не схватају наведену забрану превише строго, већ остављају простор и за могућност да се државна помоћ, под одређеним условима, ипак додели. Може се рећи да су главни принципи политике Комисије у погледу државне помоћи за развој широкопојасних мрежа следећи.

Прво, потребно је да предметна мера представља државну помоћ, у смислу члана 107(1) УФЕУ. У том погледу, да би се у конкретном случају могло говорити о државној помоћи за развој широкопојасних мрежа, неопходно је да се *кумулятивно* испуни више услова: а) помоћ мора потицати из државних извора; б) помоћ мора омогућити економску предност корисницима у односу на конкуренте; в) мера помоћи мора имати селективан карактер; г) помоћ мора бити таква да угрожава или прети да угрози конкуренцију на унутрашњем тржишту; д) мера помоћи мора утицати на трговину међу државама чланицама.¹³ Уколико макар један од наведених услова није испуњен, неће се радити о државној помоћи, нити ће доћи до примене Смерница. Такође, неће се нужно радити о државној помоћи ни у ситуацији када државе чланице предузимају управне и законодавне мере којима подржавају развој широкопојасних мрежа на својој територији.¹⁴

Јасно, главни субјект доделе помоћи је држава, с обзиром да она може да наступа не само као носилац јавно-правних овлашћења, већ и у улози предузетника (*iurae gestionis*). Из тога следи да се држава може појавити као уговорна страна у робно-новчаном промету. С тим у вези, у Смерницама се исправно констатује да се неће радити о државној помоћи уколико је држава, директно или индиректно, доделила помоћ у околностима које одговарају нормалним тржишним околностима (*принцип инвеститора тржишне привреде*).¹⁵ За широкопојасне мреже од посебне важности је случај *Amsterdam*,¹⁶ где је Комисија заузела став да усаглаше-

12 Смернице, т. 9.

13 Смернице, т. 9.

14 Смернице, т. 28-29.

15 Смернице, т. 16-17. Принцип инвеститора тржишне привреде (енгл. *The market economy investor principle*) „изнедрила“ је пракса институција Уније. О томе вид. Case C-142/87, *Belgium v. Commission (Tubemeuse)* [1990] ECR I-959; Case T-358/94 *Air France v. Commission* [1996] ECR II-2109; Case *Charleroi Airport/Ryanair* [2004] OJ L137/1; Case C-305/89, *Italy v. Commission (Alfa Romeo No. 1)* [1991] ECR I-1603. Преузето из: С. Домазет (2013), 160.

16 Case C 53/2006-*The Netherlands, Citynet Amsterdam-Investment by the city of Amsterdam in a fibre-to-the-home (FttH) network*, OJ L247, 16.9.2008. Преузето из: С. Домазет (2013), 160.

ност јавне инвестиције са тржишним условима мора бити доказано на свеобухватан начин, било преко значајног учешћа приватних инвеститора, или кроз постојање звучног пословног плана који показује адекватан повраћај инвестиције.¹⁷ Такође, државе чланице су у пракси често повравале одређеним оператерима обавезу да обезбеде широкопојасну мрежу као *вид јавне услуге, односно услуге од општег економског интереса*, у смислу члана 106(2) УФЕУ.¹⁸

У Смерницама се, такође, истиче да трансфер државних ресурса може попримати различите облике, као што су директни грантови, пореске олакшице, меки зајмови или други облици повлашћених финансијских услова. Осим тога, државних ресурси ће такође бити укључени уколико држава обезбеђује користу природе, на пример инвестирањем у изградњу дела широкопојасне инфраструктуре.¹⁹ Нарочито је важно истаћи и став по коме државни ресурси могу бити коришћени не само на националном, већ и на регионалном или локалном нивоу.²⁰ Дакле, став Комисије је да ће се државном помоћи сматрати не само помоћ која је додељена од стране централне власти, већ и од стране органа територијалне аутономије или органа јединица локалне самоуправе. Сличан став заузет је и поводом финансирања из различитих европских фондова, као што су Пољопривредни фонд за рурални развој²¹ или Европски регионални развојни фонд,²² уз услов да су средства добијена из ових фондова алоцирана у оквиру надлежности држава чланица.²³ На овај начин је Комисија желела да спречи евентуалне злоупотребе у вези са доделом државне помоћи.

Да би се у датом случају радило о државној помоћи, неопходно је и да се на основу доделе државне помоћи омогућава предност примаоцу помоћи коју он не би могао стећи под нормалним тржишним околностима (принцип инвеститора тржишне привреде). Таква квалификација неће бити доведена у питање ни уколико је држава помоћ доделила на основу тендерског поступка.²⁴ Даље, мера државне помоћи мора имати селективан карактер, а то је свакако случај код државних мера које подр-

17 Смернице, т. 17.

18 Миле Рачић, Синиша Домазет, „Широкопојасне мреже као темељ развоја новог приватног сектора у ЕУ –путоказ за Републику Србију“, *Пословна економија*, бр. 1/2012, 375.

19 Смернице, т. 10.

20 *Ibidem*.

21 Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD).

22 European Regional Development Fund (ERDF)

23 Смернице, т. 10.

24 Смернице, т. 12.

жавају развој широкопојасних мрежа, с обзиром да се односе на инвеститоре у широкопојасне мреже и операторе који су активни само у извесним деловима свеукупног тржишта електронских комуникација. С друге стране, кад је реч о крајњим корисницима субвенционисане мреже, мера државне помоћи неће имати селективан карактер уколико је приступ субвенционисаној мрежи отворен за све секторе привреде. Ипак, селективност ће постојати у ситуацији када је развој широкопојасних мрежа специфично усмерен према одређеним крајњим корисницима, као што су унапред одређене компаније које нису биране у складу са општим критеријумима примењивим у целој области за коју је одговорно тело које додеује помоћ.²⁵

Најзад, да би се у предметном случају радило о државној помоћи за развој широкопојасних мрежа, неопходно је да предметна мера помоћи нарушава конкуренцију на унутрашњем тржишту Уније, односно да ојачава положај предузећа (примаоца помоћи) у односу на друга предузећа на релевантном тржишту, као и да је дата мера помоћи у стању да утиче на трговину међу државама чланицама, с обзиром да су тржишта за услуге електронских комуникација отворена за конкуренцију између оператора и провајдера услуга.²⁶

У одређеним случајевима државе чланице могу сматрати да ће се обезбеђивање широкопојасне мреже третирати као услуга од општег економског интереса, у складу са чланом 106(2) УФЕУ и одлуком у познатом случају *Altmark*.²⁷ У том погледу, на меру помоћи ће се примењивати акти којима је детаљније уређена ова област, а то су: Одлука Комисије о примени члана 106(2) УФЕУ на државну помоћ у облику компензације за јавну услугу дату неким предузећима, којима је поверено вршење услуга од општег економског интереса,²⁸ Оквир за државну помоћ у облику компензације за јавне услуге,²⁹ Обавештење Комисије о примени правила Европске уније на компензацију дату за вршење услуга од општег еко-

25 Смернице, т. 13.

26 Смернице, т. 14-15.

27 М. Рачић, С. Домазет, 375.

28 Commission Decision of 20 December 2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, *OJ* 2012/L 7/3.

29 Communication from the Commission, European Union framework for State aid in the form of public service compensation (2011), *OJ* 2012/C 8/15.

номског интереса,³⁰ као и Уредба о примени чланова 107. и 108. УФЕУ на *de minimis* помоћ дату предузећима која пружају услуге од општег економског интереса.³¹

Дакле, уколико се овај принцип примени на сектор широкопојасних мрежа, може се истаћи став Комисије да у областима у којима су приватни инвеститори већ инвестирали у развој инфраструктуре широкопојасних мрежа (или даље проширују мрежу) и обезбедили конкурентне широкопојасне услуге са адекватном покривеношћу, постављање паралелне конкурентске и јавно финансиране широкопојасне инфраструктуре не може бити сматрано као услуга од општег економског интереса у смислу члана 106(2) УФЕУ.³² Међутим, уколико се докаже да приватни инвеститори неће бити у стању да у ближој будућности (три године) обезбеде одговарајућу покривеност широкопојасним мрежама за све грађане или кориснике, остављајући због тога значајан део становништва непокривен, тада се компензација за вршење јавне услуге може доделити предузећима.³³

Даље, да би се радило о услузи од општег економског интереса, потребно је да инфраструктура широкопојасних мрежа обезбеђује универзалну повезаност, као и да буде *пасивна, отворена и неутралног типа*. Пасивна инфраструктура подразумева физичку структуру мреже (на пример, каблови, проводници и слично), док се појам неутралне инфраструктуре односи на приступ било ком субјекту који то затражи, без обзира на врсту технологије којом располаже. Таква мрежа треба да обезбеди тражиоцима приступа све могуће облике приступа мрежи и дозволи ефективну конкуренцију на нивоу препродаје, осигуравајући обезбеђење конкурентне и доступне услуге крајњим корисницима.³⁴

Смернице предвиђају и посебна решења у случају када се ради о услугама од општег економског интереса којима се покривају неповезана подручја (такозване „беле тачке“). У случајевима у којима област за коју је предвиђена услуга од општег економског интереса није ограничена само на „беле тачке“, због њихове величине или локације, провајдер услуге

30 Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, *OJ* 2012/C 8/02.

31 Commission Regulation of 25 April 2012 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty of the Functioning of the European Union to *de minimis* aid granted to undertakings providing services of general economic interest, [2012] *OJ* L114/8.

32 Смернице, т. 20.

33 *Ibidem*.

34 Смернице, т. 23. Преузето из: С. Домазет, 161-162.

од општег економског интереса ће можда морати да распореди мрежну инфраструктуру такође и у профитабилним областима које су већ покривене комерцијалним оператерима. У таквој ситуацији, свака компензација за вршење услуге од општег економског интереса може да окрива само трошкове постављања инфраструктуре и у непрофитабилним белим тачкама, узимајући у обзир релевантне приходе и разуман профит.³⁵

У случају када државна интервенција за развој широкопојасних мрежа испуњава услове предвиђене Смерницама, њена компатибилност (спојивост) са унутрашњим тржиштем процењиваће се на основу члана 107(3)(ц) УФЕУ. У том погледу, Комисија ће поћи од такозваног „теста равнотеже“, односно обезбедити да позитивни ефекти мере помоћи у постизању циљева од општег интереса премашују потенцијалне негативне ефекте, у првом реду нарушавање конкуренције и угрожавање трговине међу државама чланицама.³⁶ Поменути поступак ће се спровести у две фазе.

У првој, мера помоћи мора испуњавати неколико *кумулативно* постављених услова. Прво, мера помоћи мора да допринесе постизању циљева од општег интереса. Развој широкопојасних мрежа несумњиво потпада под такав циљ. Друго, потребно је да постоји одређени недостатак на тржишту, то јест, да у одсуству државне интервенције не би дошло до позитивних екстерналија на тржишту. Треће, државна помоћ мора бити одговарајући инструмент политике за решавање проблема у сектору широкопојасних мрежа. Четврто, помоћ мора имати подстицајан карактер. То значи да Комисија мора испитати да ли би дата инвестиција у развој широкопојасне мреже могла бити предузета у истом временском оквиру, у ситуацији кад нема било какве државне помоћи. Пето, помоћ мора бити лимитирана на минималан износ. Шесто, негативни ефекти државне помоћи морају бити ограничени. Седмо, државна помоћ за развој широкопојасних мрежа мора бити транспарентна.³⁷

Како би се нарушавање конкуренције свело на најмању могућу меру, односно обезбедила пропорционалност, Смернице постављају неколико *кумулативно* постављених услова. Тако, државе чланице требају јасно идентификовати које географске области ће бити покривене предметном мером помоћи. То подразумева стварање централне базе доступне инфраструктуре на националном нивоу. Даље, државе чланице би на

35 Смернице, т. 26.

36 Смернице, т. 32.

37 Смернице, т. 37-48.

централној веб страници на националном нивоу требало да публикују главне карактеристике мере помоћи и листу циљаних области, објављивањем релевантних информација о пројекту. Када држава чланица жели да додели помоћ како би трећи оператер поставио и развио широкопојасну мрежу, спровешће се одговарајући тендерски поступак. Он мора бити транспарентан, при чему ће се обезбедити такмичарски исход, као и централни веб-сајт на националном нивоу на коме ће бити објављене текуће тендерске процедуре о државној помоћи за широкопојасне мреже.³⁸ Истовремено, биће одређени релевантни критеријуми за процену поднетих понуда на тендеру, као што су достигнута географска покривеност, одрживост технолошког приступа, или утицај предложеног решења на конкуренцију. Поменути критеријуми биће процењени у односу на тражени износ помоћи. У том погледу, понуђач са најнижим износом тражене помоћи добиће приоритетније бодове у укупној процени његове понуде.³⁹ Тендерска процедура не сме фаворизовати или искључивати ниједну посебну технологију или мрежну платформу, при чему понуђачи могу предложити пружање тражене широкопојасне услуге коришћењем или комбиновањем технологија које сматрају најприкладнијим.⁴⁰ У Смерницама Комисија охрабрује државе чланице да користе постојећу доступну инфраструктуру широкопојасних мрежа, како би се избегло дуплирање ресурса и непотребно трошење финансијских средстава. С тим у вези, било који оператор који поседује или контролише инфраструктуру у циљаној области, а жели да учествује на тендеру, мора обавестити даваоца помоћи и надлежно тело државе чланице о тој чињеници, али и обезбедити све релевантне информације осталим понуђачима које ће им омогућити да укључе дату инфраструктуру у своју понуду.⁴¹

У Смерницама се наводи и да је значајна компонента мере државне помоћи ефикасан приступ на велико инфраструктури широкопојасне мреже трећим странама, на период од најмање седам година. Циљ ове одредбе је у јачању конкуренције, односно у избегавању стварања регионалних монопола.⁴²

Посебно значајно питање за државну помоћ за широкопојасне мреже односи се на цене приступа на велико широкопојасној мрежи. У том

38 Смернице, т. 78 а, б, ц.

39 Смернице, т. 78д.

40 Смернице, т. 78е.

41 Смернице, т. 78ф.

42 Смернице, т. 78г.

погледу, цена мора бити заснована на анкети и принципима постављеним од стране националних регулаторних тела, узимајући у обзир и примљену помоћ од стране оператора мреже. Као мерило ће бити узета просечна објављена цена на велико која преовлађује у другим упоредним, конкурентнијим областима земље или Уније, или (у њеном одсуству) цене која је већ постављена или одобрена од стране националног регулаторног тела за тржишта и дате услуге. С обзиром да се ради о веома комплексном проблему, државе чланице се подстичу да обезбеде одговарајуће особље националном регулаторном телу, како би давало савете телима која додељују помоћ у оваквим случајевима.⁴³ Предвиђен је и мониторинг имплементације пројекта широкопојасне мреже за време његовог трајања. Смернице истичу модел по коме се унапред фиксира износ државне помоћи за широкопојасне мреже, али и модел који подразумева да се износ помоћи одређује с обзиром на висину прихода и трошкова датог пројекта. Такође, оставља се слобода јавној власти да усвоји и мешовити модел одређивања износа државне помоћи. Предвиђено је и успостављање такозваног „*claw-back*“ механизма, уколико износ помоћи за пројекат широкопојасне мреже премашује 10 милиона евра. Ти механизми ће укључивати различите инструменте за повраћај, који ће се уносити у уговоре са понуђачем. Ово решење постојало је и у претходним смерницама.⁴⁴

Комисија пропагира и *транспарентност* државне помоћи за широкопојасне мреже, прописујући да државе чланице треба да објаве на централном веб-сајту следеће информације о државној помоћи: а) цео текст одобрене шеме помоћи, као и њене имплементирајуће одредбе; б) име корисника помоћи; в) износ и интензитет помоћи; г) коришћену технологију. Поменуте информације морају бити доступне јавности, без ограничења, а корисник помоћи има обавезу да обезбеди трећим странама свеобухватан и недискриминаторски приступ информацијама о инфраструктури развијеној у складу са мером државне помоћи.⁴⁵ Државе чланице морају да доставе Комисији кључне информације о државној помоћи.⁴⁶ Даље, приликом процене компатибилности помоћи водиће се рачуна и о томе да ли мера има ограничене (негативне) ефекте по конкуренцију. У складу с тим, процењиваће се ефекат државне помоћи на конкуренте. Уколико конкуренти примете да се профитабилност њихових претходних инвестиција смањује због др-

43 Смернице, т. 78х.

44 Смернице, т. 78и.

45 Смернице, т. 78ј.

46 Смернице, т. 78к.

жавне помоћи, могу одлучити да смање будуће инвестиције или чак да се повуку са тржишта. Слично је и у вези са јачањем доминантног положаја примаоца помоћи, који би могао истиснути конкуренте са тржишта. Смернице предвиђају и да помоћ за развој широкопојасних мрежа мора бити додељена на транспарентан начин. Да би се то осигурало, мора се обезбедити лак приступ свим релевантним актима и важним подацима о додели државне помоћи Комисији, заинтересованој јавности, економским операторима, као и државама чланицама.⁴⁷

Конечно, приликом процене компатибилности државне помоћи са унутрашњим тржиштем Комисија ће, као што је већ поменуто, примењивати такозвани тест равнотеже. То подразумева да ће Комисија одмерити позитивне ефекте државне помоћи са негативним утицајем на трговину међу државама чланицама и конкурентски процес. У том смислу, ефекат мере државне помоћи представља промену активности у поређењу са ситуацијом која би постојала у одсуству помоћи. Кад је реч о широкопојасним мрежама, позитивни ефекти државне помоћи изражавају се кроз постављање нове инфраструктуре, која у одсуству помоћи не би постојала. То би могло довести до нижих цена, већег квалитета и бољег избора за потрошаче. Осим тога, државна помоћ може резултирати и у већем приступу потрошача *on-line* ресурсима, али и стимулирати повећање потражње. Дакле, потребно је да државна помоћ представља корак напред у погледу доступности широкопојасних мрежа.⁴⁸ Уколико се након примене балансираног теста установи да негативни ефекти државне помоћи премашују позитивне, Комисија може донети одлуку којом забрањује доделу државне помоћи.⁴⁹

Услови постављени за основне широкопојасне мреже важе и за *NGA* мреже, уз одређене особености. Тако, од виталне важности је обезбедити приступ широкопојасној мрежи на велико за треће операторе (најмање седам година), нарочито у областима у којима већ постоји оператор основне широкопојасне мреже. Субвенционисана мрежа мора омогућавати приступ под праведним и недискриминаторским условима свим операторима који га затраже, при чему треће стране морају имати приступ не само активној, већ и пасивној мрежној инфраструктури.⁵⁰

47 Смернице, т. 48.

48 Смернице, т. 49-51.

49 Смернице, т. 54.

50 Смернице, т. 79-80а.

Специфична ситуација се јавља у областима које карактерише слаба густина насељености. С обзиром да у тим областима, по правилу, постоје ограничене услуге широкопојасних мрежа, обавеза да се обезбеди читава „палета“ услуга доводи до несразмерног повећања инвестиционих трошкова, без обезбеђења значајних користи у условима повећане конкуренције. У тој ситуацији, државна помоћ ће бити оправдана само када постоји разумна потражња од стране трећег оператора. Потражња ће се сматрати разумном уколико тражилац приступа обезбеди одговарајући пословни план који оправдава развој производа на субвенционисаној мрежи и ако не постоји понуда упоредивог производа / услуге која се већ нуди у истој географској области од стране другог оператора, по ценама еквивалентним онима у гушће насељеним областима.⁵¹

Осим наведеног, инфраструктура *NGA* широкопојасне мреже мора омогућити обезбеђење конкурентне и приступачне услуге крајњим корисницима од стране конкурентних оператора. Морају се увести и одговарајући заштитни механизми у ситуацији када је мрежни оператор вертикално интегрисан, како би се избегле могуће злоупотребе. Такође, критеријуми за доделу садржаће одредбу по којој понуђачи који предлажу само модел приступа на велико, једино пасивни модел или оба, добијају додатне бодове.⁵²

У складу са Смерницама, државна помоћ може, у изузетним случајевима, бити допуштена за *NGA* мреже које су у стању да обезбеде велике брзине и изнад 100 Mbps.⁵³

Да би државна помоћ за развој широкопојасних мрежа у „црним“ подручјима била допуштена, потребно је доказати да она представља корак напред, у складу са тачком 51. Смерница, што ће се доказати на бази три кумулативно постављена услова. Прво, потребно је да постојеће или планиране *NGA* мреже не достигну простор крајњих корисника са оптичким мрежама. Друго, тражи се да се тржишна ситуација не развија у правцу постизања конкурентног пружања ултра-брзих услуга изнад 100 Mbps у ближој будућности уз помоћ инвестиционих планова комерцијалних оператора, у сагласности са тачкама 63-65 Смерница. Најзад, треће, потребно је да не постоји очекивана потражња за таквим квалитативним унапређењима.⁵⁴

51 *Ibidem.*

52 Смернице, т. 80б.

53 Смернице, т. 82.

54 Смернице, т. 82, 83а-ц.

III Пракса институција Уније

Пракса институција Уније у погледу државне помоћи за развој широкопојасних мрежа је релативно богата, узимајући у обзир релативно скроман период који је протекао од почетка примене Смерница.

Тако, Комисија је одобрила нотификовала меру коју је предложила грчка влада, која је заправо представљала измену, односно продужавање постојеће шеме помоћи развоју широкопојасних мрежа у грчким руралним областима, одобрена од Комисије још 2011. године. Области којима се планирала доделити помоћ спадала су у такозване „бела подручја“, односно области у којима тренутно нису доступне услуге по основу постојања широкопојасних мрежа, нити планови за њихово покривање датим мрежама у будућности. Планирано је да се изгради мрежа која ће дозвољавати отворени приступ под једнаким тржишним условима свим заинтересованим оператерима који пружају услуге крајњим корисницима. У складу са предложеном мером, услуге би биле обезбеђене једино у белим областима. Предложено је продужавање постојеће шеме помоћи за још 5 година. Истовремено, стамбена подручја са 400 или више становника била би, у складу са предложеном мером, међусобно повезана са NGA мрежом, способном да испоручи ултра-високе брзине и подржи будуће активне инфраструктурне надоградње. Грчка влада је спровела и јавне консултације о областима које су требале бити покривене у складу са измењеном шемом помоћи, а циљ је био да се потврди класификација датих области као белих тачака, прикупљање информација о стејкхолдерима о њиховим тренутним или будућим плановима инвестирања у циљаним подручјима, али и избегавање дуплирања капацитета. Осим тога, измењеном шемом би и даље био омогућен приступ на велико под једнаким и недискриминаторским условима за неограничен временски период, а транспарентност мере је била обезбеђена преко одговарајућег вебсајта на коме су се могле пронаћи све информације о датој мери помоћи.⁵⁵ Идентичну одлуку Комисија је донела и у погледу мере помоћи (продужавања постојеће шеме) португалске владе за развој широкопојасних мрежа великих брзина,⁵⁶ затим у погледу модификација шеме помоћи од стране финске владе у погледу изградње широкопојасних мрежа великих брзина у ретко насељеним обла-

55 State aid SA.37860 (2013/N) – Greece Prolongation of Broadband Network Development in White Rural Areas of Greece, Brussels, 16.01.2014 C(2014) 140 final.

56 State aid SA.37864 (2013/N) – Portugal High-speed broadband in Portugal – prolongation, Brussels, 04.02.2014 C(2014) 671 final.

стима у Финској,⁵⁷ модификације мере помоћи немачке владе покрајини Баварској за развој NGA мрежа великих брзина,⁵⁸ помоћи финске владе за изградњу подводног оптичког кабла између Финске и Немачке како би се обезбедиле нове конекције на европском и глобалном нивоу,⁵⁹ модификације мере помоћи италијанске владе, а у вези са продужењем националног плана за развој широкопојасних мрежа,⁶⁰ односно помоћи за обезбеђење покривености услугама мобилне телефоније и преноса података у областима које нису покривене мобилном телефонијом или широкопојасним мрежама,⁶¹ помоћи немачке владе за развој NGA мрежа са брзинама преузимања од 30Mbit/s за све општине и 5 административних дистрикта у региону *Nordhessen*,⁶² односно помоћи за развој NGA мрежа са брзинама download од 50 Mbit/s са јавном подршком у областима где приватна није била нити ће бити у стању да у следеће 3 године постићи тај циљ.⁶³ Комисија није имала примедбе ни на помоћ аустријске владе за развој NGA мрежа великих брзина,⁶⁴ помоћ хрватске владе за развој мрежа следеће генерације (NGA) са брзинама преузимања од најмање 40 Mbit/s и брзином учитавања од најмање 5 Mbit/s,⁶⁵ затим сличну помоћ од стране британске владе,⁶⁶ помоћ италијанске владе за развој пасивне приступне инфраструктуре која

57 State aid SA.37685 (2013/N) – Finland Modifications in the aid scheme concerning high-speed broadband construction in sparsely populated areas in Finland (modification of State aid cases N 62/2010 and SA.34290), Brussels, 20.02.2014 C(2014) 1173 final.

58 State aid SA.38690(2014/N) -Germany-NGA Bayern Modification, Brussels,9.7.2014C(2014)4859 final.

59 State aid SA.36918 (2014/N) – Finland Baltic Sea Backbone Cable, Brussels, 16.09.2014 C(2014) 6427 final.

60 State aid SA.38025(2014/NN) – Italy Prolongation of the National Broadband Plan Italy, Brussels,11.12.2014C(2014) 9725 final.

61 State aids SA.39089 (2014/N) & SA.39090 (2014/N) – Italy Mobile telephony in mountainous areas of Bolzano (Favogna, Mazia, Alpe Guazza and Passo Rombo), Brussels, 07.04.2015 C(2015) 2191 final.

62 State aid SA.39518 (2014/N) – Germany – NGA Cluster Nordhessen, Brussels, 21.04.2015 C (2015) 2660 final.

63 State aid SA.41416 (2015/N) – Germany – NGA Scheme Baden-Württemberg, Brussels, 22.07.2015 C(2015) 5165 final.

64 State Aid SA.41175 (2015/N) – Austria Broadband Austria 2020, Brussels, 17.12.2015 C (2015) 9686 final.

65 State aid SA.38626 (2015/N) National Broadband Plan – Croatia, Brussels, 25.01.2016 C (2016) 436 final.

66 SA. 40720 (2016/N) – National Broadband Scheme for the UK for 2016-2020, Brussels, 26.5.2016 C (2016) 3208 final.

омогућава развој мрежа нове генерације (NGA) у белим подручјима Италије,⁶⁷ и слично.

С друге стране, Комисија је закључила да нотификована мера од стране британске владе, а која се односила на набавку унапређеног система за услуге мобилне телефоније и друге релевантне производе и услуге које служе за хитне службе у Уједињеном Краљевству (полиција, ватрогасци, хитна помоћ), као и друге хитне јавне функције извесних специфичних организација, са ограничењем да се користе једино за сврхе јавне опасности, не представља државну помоћ у складу са чланом 107(3) УФЕУ.⁶⁸

Било је и ситуација када је Комисија заузела негативну одлуку у погледу нотификоване мере помоћи за развој широкопојасних мрежа, као што је био случај када је општина *Appingedam* у Холандији сматрала да је неопходна јавна интервенција за обезбеђење унапређених широкопојасних услуга компанијама и грађанима, у виду подршке постављању приступне мреже са стакленим влакнима. Локалне власти су сматрале да постојећи оператори *Essent* и *KPN* обезбеђују широкопојасни приступ у граду, али не и напредне широкопојасне услуге. Стога је локална власт одлучила да финансијски подржи наведени пројекат, имајући у виду да приватни инвеститори нису показали никакав интерес за инвестиције у том правцу. Своје сумње у компатибилност нотификоване мере помоћи Комисија је, поред осталог, заснивала на чињеници да је приступ широкопојасној мрежи био доступан у општини, без обзира на то што постојеће услуге које се пружају нису у целини упоредиве са услугама које би могле бити понуђене уз помоћ планиране мреже. Друго, Комисија је заузела став да би било тешко предвидети које услуге или апликације за грађане или пословне кориснике не би могле бити успостављене коришћењем широкопојасних услуга, обезбеђених преко постојеће мреже. Због тога је Комисија извукла закључак да би постојала потенцијална опасност од нарушавања конкуренције у дужем временском периоду. Треће, постојала је и опасност да би предметна мера помоћи могла онемогућити садашње или будуће инвестиције у развој широкопојасних мрежа. Утврђене чињенице биле су довољне Комисији да закључи да нотификована мера помо-

67 State aid SA.41647 (2016/N) – Italy - Strategia Banda Ultralarga, Brussels, 30.6.2016 C(2016) 3931 final.

68 State aid SA.38863 (2015/N) – United Kingdom Emergency Services Mobile Communications Programme, Brussels, 02.12.2015 C6(2015) 8786 final.

ћи има неповољан ефекат по конкуренцију и прогласила је инкомпатибилном са унутрашњим тржиштем.⁶⁹

III Закључак

На основу реченог, може се закључити да институције Уније придају велики значај развоју широкопојасних мрежа. Због тога се правила постављена актима примарног законодавства и Смерница посматрају прилично строго. Пракса је показала да је Комисија углавном одобравала нотификоване мере помоћи, или је сматрала да се у појединим случајевима уопште не ради о државној помоћи, узимајући у обзир члан 107(1) УФЕУ. Ипак, у појединим случајевима је донета и негативна одлука о државној помоћи, што јасно доказује да Комисија помно прати поступке држава чланица у погледу доделе државне помоћи. Уколико се, пак, ради о незаконито додељеној државној помоћи (на пример, помоћ која је додељена без нотификације), Комисија може тражити њен повраћај од државе чланице. У пракси се државе чланице тешко могу одбранити од оваквог захтева Комисије, осим у случају када докажу да је повраћај помоћи апсолутно немогућ. Најбољи начин да државе чланице избегну проблеме са Комисијом у вези са државном помоћи за развој широкопојасних мрежа јесу неформални преговори са Комисијом пре него што држава чланица нотификује меру помоћи Комисији. Показало се да су овакве неформалне консултације са Комисијом веома корисне, јер на тај начин државе чланице могу унапред да сазнају да ли ће Комисија имати одређене примедбе на предложеној мери помоћи за развој широкопојасних мрежа, што им омогућава да унапред предузму одговарајуће кораке и тако избегну евентуалне спорове са Комисијом у будућности.

На крају, треба истаћи и да ће правила о државној помоћи за развој широкопојасних мрежа, као и пракса институција Уније, бити од велике користи за надлежне органе Републике Србије и Комисију за контролу државне помоћи, поготово узимајући у обзир преговарачко поглавље са Унијом број 8, које говори о политици конкуренције. Правилно разумевање политике државне помоћи у Унији може у великој мери допринети убрзању развоја широкопојасних мрежа у нашој земљи и тако је сврстати у ред развијених земаља.

69 Case C 35 / 2005 – Broadband development Appingedam, C (2006) 3226 final.

Siniša DOMAZET, PhD

Assistant professor at the University Educons, Sremska Kamenica

**STATE AID FOR DEVELOPMENT OF BROADBAND
NETWORKS - ONE OF THE BASIS OF DIGITAL SINGLE
MARKET OF THE EUROPEAN UNION**

Summary

State aid for broadband development is a priori inadmissible in EU competition law. However, under certain conditions the state aid can be compatible with the internal market. The conditions for the granting of state aid are set out in Articles 107-109 of the Treaty on the Functioning of the EU, as well as the Guidelines on the application of State aid rules in relation to the rapid development of broadband networks. The research has shown that the Union institutions largely approve notified aid measures. However, there were cases in which it is determined that the measure concerned does not constitute state aid, as well as cases when state aid is declared incompatible with the internal market. In this paper, the author is governed by the two methods: positive legal method, as well as legal and logical method of induction and deduction.

Key words: *law, broadband networks, state aid, digital market, European Union.*

Др Дражен Миљић
Универзитет у Бањој Луци

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА У УПРАВНИМ УГОВОРИМА

Резиме

О материји управних уговора у домаћој правној теорији се скромно писало и то обично као институту који краси упоредна законодавства. У упоредном праву, управни уговор ужива репутацију института који рјешава савремене државне проблеме који се, између осталог, огледају у недостатку новчаних, кадровских и стручних ресурса за задовољавање виталних друштвених потреба. Управни уговор представља споразум између јавне управе и других (физичких или правних) лица, најчешће привредних друштава који се одликује посебним правним режимом који се не може срести код било које друге врсте уговорних односа. Материја управних уговора је од посебног значаја ако се у обзир узме чињеница да је позитивно право Србије, по први пут у својој историји, нормирало институт управног уговора и то кроз Закон о општем управном поступку, са свега пет чланова, који ће се почети примјењивати од 1. јуна 2017. године. Са друге стране, привредна друштва регистрована у Србији се појављују као извођачи радова или пружаоци услуга у другим државама и то као уговорне стране у управним уговорима при томе не познајући довољно какав положај имају у таквом правном односу. Због тога, овај рад се бави детаљним описивањем положаја привредних друштава у управним уговорима, приказујући рјешења из упоредног права са посебним акцентом на француско право.

Кључне ријечи: управни уговор, привредно друштво, јавни интерес, јавна управа.

І Увод

Управа као једна од полуга државне власти суочава се са великим промјенама и новим задацима у свом дјеловању. Комплексност проблема

који се пред државу постављају захтевају нове модалитете поступања јер једнострано управно интервенисање, као традиционалан облик државног чињења, постаје непримјерено. Од државе се тражи да обезбиједи заштиту јавног интереса, подигне ниво животног стандарда грађана кроз квалитет и обим пружања јавних услуга, да подстакне веће учешће грађана и привредног сектора у јавним пословима, створи услове за привредни раст, смањи буџетску потрошњу и сл.

У том контексту, држава је принуђена да посеже за новим правним инструментима како би задовољила елементарне људске потребе а које се везују за: изградњу саобраћајних инфраструктура (аутопутеви, мостови, тунели, набавка средстава превоза и др.), функционисање комуналних дјелатности (снабдијевање водом за пиће, регулисање отпадних вода, електрификација и сл.), пружање здравствених услуга (изградња, реконструкција и управљање здравственим објектима, пружање здравствених услуга, набавка савремене медицинске опреме и средстава за лијечење пацијената) и другим дјелатностима од јавног интереса, као што су просвјета, енергетика, пољопривреда и сл.

Настоји се створити нови однос државе и привредних субјеката, све у циљу смањења јавног дефицита.¹ Приликом обављања својих задатака на традиционалан начин, држава се финансирала претежно задуживањем. Додатни проблем је ограничена могућност задуживања, а што се држава више задужује то се одражава на квалитет и цијену услуга. У таквој атмосфери, појавио се управни уговор, као један од одговора на савремене изазове јер се путем њега питање финансирања услуга пребацује на приватни сектор и не биљежи се у финансијским извјештајима јавног сектора. На тај начин се ослобађа дио средстава за улагање у оне области које ће помоћи привредном развоју државе.

II Дефинисање појма

Дати јединствену дефиницију управног уговора која би важила за све правне системе није могуће, јер је свака држава у процесу имплементације овог института исти креирала у складу са својим потребама. Тај процес је за посљедицу имао да се управни уговор значајно модификовао од изворног концепта, какав је био у француском праву, те да се исти

1 Више о томе: Драгољуб Кавран, „Правна реформа државне управе“, *Правни живот*, бр. 10/1998, 7; Драгољуб Кавран, „Промјене у јавној управи“, *Правни живот*, бр. 9/1997, 703.

уговори у различитим правним системима другачије третирају.² Уколико се изврши анализа овог института у упоредном праву, уочава се да нема јединственог става у погледу сљедећег: уговорних страна, поступка склапања управног уговора, подручја његове примјене, права и обавеза уговорних страна, начина принудног извршења, надлежности за рјешавање спорова, супсидијарне примјене норми о грађанскоправним уговорима и сл. Ипак, треба истаћи да је концепт двије најпознатије школе управног уговора (Њемачка и Француска) био полазна основа за све друге правне системе гдје је усвојен овај институт.

Уговор, као правни институт, представља сагласност воља двају или више лица којом се постиже неко правно дејство.³ На први поглед, управни уговор је контрадикторан појам, односно представља збир опречних појмова. Ријеч „управни“ једну правну релацију дефинише као однос субординације, надређености, једностраности, док је ријеч „уговор“ симбол слободног дјеловања, равноправности и координације. Сам термин указује на то да се ради о врсти уговора, али који упућује на одступања од обичних (грађанских или привредних) уговора. Код управних уговора ради се о споразумном стварању управноправног односа.⁴ Споразумно формирање управног односа јесте посљедица немогућности државе да једностраним дјеловањем задовољи јавни интерес у свакој животној ситуацији. У таквим ситуацијама, морао се тражити „сарадник“ са којим ће управа заједно остварити јавне потребе. Овакав начин рјешавања задатака од јавног интереса имао је за посљедицу да се у управном уговору сударе јавни и приватни интерес. У колизији ових двају интереса, предност се даје јавном интересу. Такав однос уговорних страна је нужан, јер ако би стране биле на једнаким правним положајима, без предности јавног интереса, управни уговор би изгубио епитет „управни“ и утопио би се у уговор приватног права. У том смислу, управни уговор је однос који настаје слободном сагласношћу воља уговорних страна на основу које настаје однос правне неједнакости у корист јавне управе. То значи да се у уговорни однос уносе елементи субординације, односно да

2 Ово питање ћемо објаснити на примјеру уговора о концесији, који се у неким земљама (нпр. Француска) сврстава у управне уговоре, док се у другим земљама (нпр. Италија) категорише као уговор приватног права, што за резултат има другачији правни положај уговорних страна.

3 Слободан Перовић, *Облигационо право I*, Београд, 1976, 83.

4 Laurent Richer, *Droit des Contrats Administratifs (The Law of the administrative contracts)*, 3rd edition, 2002, 88–90.

долази до мијешања приватноправних и јавноправних елемената.⁵ На основу наведеног, можемо закључити да је управни уговор институт који теоријски и практично приближава управно, облигационо и привредно право у циљу што бољег функционисања јавних служби, а самим тим и остваривања зајамчених права грађана.⁶

Француска је колијевка управног уговора. Тамо су управни уговори подвргнути посебном правном режиму,⁷ другачијем од оног који важи за уговоре грађанског права. Поједине врсте управних уговора су плод рада судске праксе,⁸ односно Државног савјета као највишег управног суда у Француској, док је неке врсте увео законодавац.⁹ У литератури се често наводи да су за дефинисање француског управног уговора битна сљедећа три елемента: једна уговорна страна је представник јавне власти,¹⁰ уговори се закључују поводом вршења јавне службе¹¹ и садрже уговорне клаузуле које су стране другим врстама уговора.¹² У Француској не постоји правни акт који садржи дефиницију која би се могла примјенити на

5 Без обзира на одступања која посједује, не треба занемарити чињеницу да је управни уговор ипак само једна врста уговора. Постоје одредбе које важе за уговоре приватног права, а које се могу прилагодити и управном уговору. Више о томе видјети: Ernst Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, 1969, 423.

6 Видјети: Зоран Томић, „Правна природа управног уговора“, *Правни живот*, бр. 11–12/1993, 2139.

7 Један правни однос је подвргнут „посебном правном режиму“ када је регулисан посебним правним нормама које се разликују од норми општег права. Међутим, треба истаћи да свако одступање од општег случаја које је прописано неком посебном нормом не представља и „посебан правни режим“. Да би постојао посебан правни режим, одступања морају бити и довољно бројна и довољно значајна. Више о томе видјети: Павле Димитријевић, „Елементи правног режима комуналних делатности“, Научни скуп *Правни положај комуналних делатности*, Српска академија наука и уметности, Београд, 1985, 143.

8 За примјер видјети пресуде: *Conseil d'Etat – Société d'équipement de la région montpelliéraine – Conseil d'Etat, Section, du 30 mai 1975, 86738, publié au recueil Lebon – N° 86738* и *Conseil d'Etat, 4.10.1904. „Therond“*

9 Тако је законодавац сљедеће споразуме прогласио управним уговорима: Уговор о јавним радовима и Уговор о продаји некретнина у власништву државе (*Закон од 28. плувиоза године VIII*), Уговор о јавним зајмовима (*Закон од 17. јула 1970. године*), Уговором о заузимању јавних добара (*Закон од 17. јуна 1938. године*).

10 Jean Marie Auby, *Droit Administratif spécial*, Paris, Sirey, 1966, 28.

11 Jean Rivero, *Droit Administratif*, Paris, Daloz, 1971, 108.

12 Marcel Waline, *Droit Administratif*, 9 éd., Paris, Sirey, 1963, 620.

све врсте управних уговора, већ се као знакови препознавања користе елементи које смо претходно навели.¹³

За разлику од Француске, управни уговор у Њемачкој први пут је дефинисан Законом о општем управном поступку из 1976. године¹⁴ (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*), у коме се не користи термин „управни уговор“ већ „јавноправни уговор“.¹⁵ Према њемачком Закону о општем управном поступку, управни уговор се дефинише као посебна врста уговора којом се стварају, мијењају или укидају јавноправни односи.¹⁶ Њемачка теорија критиковала је законски назив као преширок и непрецизан. У том смислу, наводи се да, језички тумачећи, он обухвата, поред неспорних јавноправних стипулација државе и јавноправних лица, и међународне и унутардржавне уговоре уставног карактера, на које законодавац свакако није мислио.¹⁷

Поред ових школа, у праву Европске уније се под јавним уговором (*public contract*) подразумејева посебна врста уговора коју склапа јавноправно са приватноправним лицем ради остваривања ширег друштвеног интереса, на који се примјењују посебне правне норме, у одређеној мјери различите од норми приватног права.

У позитивном праву Републике Србије управни уговор је, први пут у историји, законски дефинисан кроз Закон о општем управном поступку Србије и то као као двострано обавезан писан акт који, кад је посебним законом одређено, закључује орган и странка и којим се ствара, мијења или укида правни однос у управној ствари.¹⁸

Након дефинисања овог института, у наредним редовима ће се приказати правни положај привредних друштава у фази испуњавања управног уговора.

13 Више о неведеном видјети: Дражен Миљић, „Проблеми при идентификовању управних уговора у француском праву“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, бр. 39/2017, 179-195.

14 Милков наводи да је у Њемачкој овај институт први пут споменут Нацртом закона о општем управном поступку из 1963. године. Детаљније видјети: Драган Милков, „О управном уговору“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 1–2/1994, 30.

15 О проблему термина управног уговора у Њемачкој видјети: Н. Faber, *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1992, 247.

16 *Verwaltungsverfahrensgesetz, Bundesgesetzblatt I*, s, 102/2003, 718/2004, чл. 54.

17 Упор.: Hartmut Maurer, *Allegetaines Verwaltungsrecht*, München, 1988, 195.

18 Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/16, чл. 22. Примјењиваће се 1. јуна 2017. године. Управном уговору је посвећено свега 5 чланова, остављајући посебним законским прописима да децидније разраде његов потенцијал.

III Правни положај привредних друштава приликом реализације управних уговора

Приликом испуњавања управних уговора, постоје одређене обавезе које су заједничке за све врсте ових споразума, а које се огледају у сљедећем: држава, односно њен представник (у даљем тексту – јавна управа), као уговорна страна, мора да има увид у ток испуњавања уговорних обавеза како би, у случају манљивог поступања, благовременом интервенцијом испуњавање управног уговора одржала на курсу задовољења јавног интереса.¹⁹ Надзорне активности не иду само у негативном правцу, већ и обрнуто.²⁰ Наиме, у вршењу својих активности, јавна управа настоји у интересу јавне службе побољшати испуњење уговора. Јавна управа је овлашћена да убрза, успори, суспендује или да потпуно одустане од уговорних чинидби.²¹ И када изабере неку од набројаних опција, сматраће се да није починила уговорну грешку само под условом да је такво поступање било оправдано јавним интересом.²² Јавна управа има овлашћење да привредном друштву даје наредбе о начинима извршавања управног уговора.²³ Уколико би се таквим наредбама пореметила равнотежа узајамних чинидби у уговорном односу и ако би привредно друштво претрпilo негативне финансијске посљедице, онда би оно имало право на одговарајућу накнаду. Поступање јавне управе у овом случају није произвољно, него је диктирано са циљем да се испуни јавни интерес у конкретном случају. У Француској је, овакво поступање, познато као теорија једностране измјене уговора у јавном интересу од стране јавноправног лица као стране уговорнице (*la théorie du fait du prince*).²⁴ Уколико привредно друштво буде оспоравало овакво поступање јавне управе у уговорном односу, суд ће у оваквим случајевима прво цијенити да ли је једнострана измјена уговора законита, па тек онда одлучивати о захтјеву за надокнаду штете.²⁵

19 Предраг Димитријевић, „Извршење управних уговора“, *Правни живот*, бр. 11–12/1993, 2238.

20 Видјети: Jean-Claude Ricci, *Droit administratif*, 4ed, Hachette Supérieur, 2014, 78.

21 Jean Rivero, 116.

22 J. C. Ricci, 78.

23 Neville Brown, John Bell, Jean-Michel Galabert, *French Administrative Law*, Clarendon press, Oxford, 1998, 206.

24 У литератури се користе бројни преводи ове теорије, као што су: теорија ризика, теорија самовоље, радња владара, учење о чину владара. Више о томе видјети: Драгаш Денковић, „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, реферат на савјетовању о цивилном кодексу – фебруар 1970, 46; Славољуб Поповић, „Специфичности управних уговора у романском праву“, *Правни живот*, бр. 11–12/1993, 2175; Д. Милков, 26.

25 Ову особину приказаћемо једним случајем из праксе француског Државног савјета. Град Марсеј је закључио управни уговор (уговор о концесији) са једним саобраћајном компанијом. Пре-

У теорији се наводи да је овакво поступање јавне управе, као уговорне стране, снажно уздрмало начело *pacta sunt servanda*. Ово је један од типичних примјера у којима се, приликом реализације управних уговора, одступа од правила грађанског и привредног права, гдје је воља уговорних страна закон који се не може једнострано мијењати. Код уговора у привреди, сауговарачи, начелно, увијек могу договором измијенити уговорне норме у складу са својим интересима. Код управних уговора то није случај, јер ако се врше измјене уговора, јавна управа, као покретач тих измјена, може исте вршити само ако је то у сврху задовољења јавног интереса а не интереса уговорних страна.²⁶ Такође, измјенама се не смије дирати у права трећих лица и лица која су учествовала у поступку закључења управног уговора. У супротном, нарушио би се не само јавни интерес, већ и права трећих лица која су остала изван уговорног односа. Колико је битно хоће ли се управни уговор мијењати након његовог закључења говори и податак да се на нивоу Европске уније донијело неколико аката који су регулисали ово питање.²⁷ У прилог очувању уговорних норми након закључења управних уговора говори и судска пракса судова Европске уније, која је врло „осјетљива“ на измјене уговорних норми и често се изричу пресуде у којима је дошло до нарушавања конкуренције у поступку избора уговорне стране или повреде начела транспарентности и једнаког третмана.²⁸

ма наведеном уговору, превозник се обавезао да ће за једну приградску линију обезбиједити одређени број трамваја како би становништво превозио до града. Временом је дошло до наглог пораста становништва и број линија који је био предвиђен управним уговором био је недовољан, јер су се стварале несношљиве гужве и повећала се опасност од саобраћајних несрећа. Град је захтијевао од концесионара да повећа број трамваја на тој линији, а превозник то није прихватио, јер је уговором дефинисан тачан број линија које је он поштовао. Дошло је до спора у којем је Државни савјет одлучио да је начелник Марсеја имао право да нареди концесионару да повећа број трамваја како би се спријечили тешки удеси, отклониле несношљиве гужве и да би грађани имали пристожне услове превоза, иако је управним уговором био предвиђен далеко мањи број трамваја за превоз грађана у том периоду. Привредно друштво је имало право на финансијску накнаду због додатних терета у управном уговору. Детаљније о пресуди видјети: *Conseil d'Etat* – 11.04.1910. – „*Tramways de Marseille*“, *Publié au recueil Leboucq* – No 16178; Милан Петровић у сарадњи са Милошем Прицом, *Посебно управно право са међународним управним правом*, Ниш, 2014, 215-216. Више о томе: J. Rivero, 104.

26 Charles Debbasch, *Institutions et droit administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978, 191.

27 Циљ тих аката је, између осталог, да се обезбиједи остваривање јавног интереса и спријечи злоупотреба права и начела која красе управне уговоре. Наводимо само неке документе: Смјернице 2004/17 и 2004/18, Green paper on Public-Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concessions (30.04.2004), Remedies directives, смјернице 92/13, 2007/66/ЕС и 89/665/ЕЕС.

28 Видјети: European Court of Justice – C-324/98 од 7.12.2000. године, случај „*Teleaustria*“.

Сматрамо да се код управних уговора, у тренутку његовог закључења, не нарушава начело *pacta sunt servanda* јер постоји сагласност воља уговорних страна и за једностране накнадне измјене уговорних норми од стране јавне управе. Наиме, у конкретном случају, привредно друштво је знало каквим овлашћењима располаже јавна управа ако норме уговора у процесу његовог остварења не одговарају јавном интересу, односно да она има право интервенције у правцу измјене норми и услова остваривања управног уговора. Основни циљ уласка у овакву врсту односа за привредно друштво јесте финансијска надокнада, на коју оно рачуна приликом пристанка на управни уговор и однос који он носи. Зато, и ако дође до једностране измјене уговора, привредно друштво је сагласно са тим, јер оно у оваквим ситуацијама има финансијску надокнаду као посљедицу задирања у уговорни однос.²⁹ Довољно је да странке дјелују равноправно и слободно приликом закључивања управног уговора, односно да знају посљедице свог пристанка приликом изражавања воље. У том смислу, мишљења смо да нема кршења начела *pacta sunt servanda*.

Ипак, треба правити разлику између ситуација када је до модификовања уговорних обавеза сауговорача дошло усљед једностраних поступака јавне управе као уговорне стране, и случајева када су промјене наступиле усљед доношења нових прописа мимо воље јавне управе као уговорне стране. Ово је битно разликовати, јер у првом случају привредно друштво има право на накнаду трошкова у пуном износу, док се у другом случају теорија једностране измјене уговора у јавном интересу не може примијенити.³⁰ Питање накнаде у другом случају је рестриктивније и дефинише се кроз теорију непредвидљивости. Странка у овом случају, по правилу, има право само на парцијалну накнаду.³¹

Код теорије једностране измјене уговора у јавном интересу јављају се два битна питања: шта ће се десити уколико привредно друштво, након

29 У прилог овој тези навешћемо случај из судске праксе под називом „*Union des transports public urbains et régionaux*“. Државни савјет је пресудио да, када јавна управа, као уговорна страна, повећава одређене дажбине или када донесе нове прописе из области заштите на раду, које за посљедицу имају отежање финансијских услова испуњења уговора, сауговорач јавне управе има право на обештећење које ће му допустити успостављање финансијске равнотеже уговора. Видјети: *Conseil d'Etat*, 2.2.1983. „*Union des transports public urbains et régionaux*“. Нав. према: М. Петровић, 226.

30 Велимир Иванчевић, „Теорија административног уговора“, *Инвестиције*, Загреб, 1960, 83.

31 Борче Давитковски, „Појам управних уговора и њихово мјесто у македонском правном систему“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, тематски број посвећен Славољубу Поповићу, Ниш, LVII, 2011, 7.

једностране измјене уговора, не прихвати висину обештећења која јој се тим поводом нуди, те у којој мјери се управни уговор може једнострано модификовати? Што се тиче обештећења, уговорне стране су дужне да постигну споразум око висине финансијске надокнаде за терете који су накнадно наметнути. Уколико се не постигне споразум, односно ако привредно друштво сматра да му није понуђена правична накнада, може се обратити надлежном суду како би он одредио износ.³² Питање обима једностране измјене уговора није прецизно дефинисано. У литератури се наводи да једностране измјене управног уговора не смију бити прекомјерне, јер дају право привредном друштву да тражи раскид уговора. Овдје је у питању правни стандард који се цијени од случаја до случаја.³³ У том смислу, требало би узети у обзир околности сваког случаја, али и капацитете привредног друштва према накнадним захтјевима уговорног органа.

Поред наведеног, у Француској постоји још једно правило које се примјењује код испуњења управних уговора. То право је дефинисано у теорији непредвидљивости (*la théorie de l'imprevision*). Према овој теорији, ако би се десило да се финансијска равнотежа предвиђена уговором поремети, било општим финансијским околностима или мјерама државе за које јавна управа, као уговорна страна, није била одговорна, нити их је могло предвидјети, у мјери да по новим околностима извршавање уговора води пропасти уговорних страна, управни уговор ће се одржати на снази уз извјесне модификације права и обавеза уговорних страна.³⁴ Ради се о оној врсти догађаја који могу повећати, у огромним пропорцијама, обавезе привредног друштва на начин да дубоко погоршају услове извршења уговора.³⁵ Када наступе околности које се нису могле предвидјети и које отежавају испуњавање обавезе сауговарача, странке се могу договорити да се уговор модификује и усклади са новонасталом ситуацијом. Уколико се странке не могу договорити око узајамних престација, обратиће се надлежном суду за рјешавање њиховог односа. Суд ће одредити правила на основу којих ће функционисати јавна служба која је предмет уговора. У овом случају, уговорни однос остаје на снази и јавна управа је дужна да обезбиједи довољно средстава да осигура покриће трошкова

32 N. Brown, J. Bell, J. M. Galabert, 206.

33 У литератури се наводи да једностране измјене уговора не смију прећи „становиту мјеру“. Упор. са: Ibrahim Elbehery, *Théorie des contrats administratifs et marchés public internationaux*, Université Nice Sophia Antipolis, 2004, 461.

34 M. Waline, 620.

35 Под такве догађаје може се подвести и знатно повећање цијена сировина које користи привредно друштво, а које је посљедица економских осцилација.

насталих новим околностима, а привредно друштво ће и даље извршавати своје обавезе.³⁶ Ово стање се у теорији назива „вануговорно раздобље“.³⁷ Суд ће по слободној оцјени одредити колика ће накнада бити за непредвиђене околности, али ће претходно утврдити губитак и добит који ће имати свака уговорна страна приликом одржавања уговора. Вануговорно раздобље може трајати само привремено. Уколико су престале ванредне околности које су изазвале поремећај у извршењу уговорних обавеза, а губици странака и даље настају јер извршење уговора није могуће спроводити према првобитној ситуацији,³⁸ свакој уговорној страни остаје избор између склапања новог уговора у складу са промијењеним околностима или раскид уговора.³⁹ Из наведеног се види да теорија непредвидљивости не покрива све губитке, као што је то случај код теорије једностране измјене уговора у јавном интересу.⁴⁰

Закон о општем управном поступку Републике Србије је дефинисао питање новонасталих околности и то на следећи начин: „Ако би, због околности насталих после закључења управног уговора које се нису могле предвидети у време закључења уговора, испуњење обавезе за једну уговорну страну постало битно отежано, она може од друге уговорне стране захтевати да се уговор измени и прилагоди насталим околностима“.⁴¹

Њемачко право познаје могућност једностране измјене управног уговора. Тако параграф 60. Закона о општем управном поступку ове зе-

36 У Француској се развио посебан појам „*indemnité d' imprévision*“, који се односи на накнаду штете за непредвиђене околности, али који не предвиђа покривање свих губитака, већ суд оцјењује колики ће то износ бити према слободној оцјени.

37 В. Иванчевић, 84.

38 Такав случај се десио 1932. године, када је Државни савјет укинуо концесиони уговор. Наиме, трамвајска компанија града Шербура жалила се на неусклађеност између својих прихода и трошкова дјелатности којима се бавило. Компанија се обратила граду, који је исту овластио да повећа цијену карата у циљу покривања насталих трошкова. Послије повећања цијене, дошло је до одласка путника. Државни савјет је процијенио да у конкретном случају трамвај више није од било какве користи граду Шербуру и да је најбоље рјешење да се управни уговор раскине, али да се трамвајска компанија обештети ако се докаже да град није учинио све напоре који су били у његовој моћи како би се трамвајска компанија заштитила од конкуренције. Нав. према: М. Петровић, 231.

39 В. Иванчевић, 84.

40 Иванчевић сматра да је овакав начин дјелимичне наплате посљедица француске теорије о одговорности државе за штету, а према којој партнери управе не смију рачунати на апсолутну накнаду губитка, него да морају сами поднијети терет извјесног финансијског губитка имајући у виду друге предности које могу остварити из правног односа са државом. Видјети: В. Иванчевић, 85.

41 ЗУП, чл. 23. ст. 1.

мље прописује да, ако су се околности на којима се садржај управног уговора заснивао након његовог склапања промијениле у толикој мјери да се од уговорне стране не може оправдано очекивати да се и даље држи изворних одредаба уговора, она може затражити да се садржај уговора прилагоди промијењеним околностима.⁴²

Јавна управа може управни уговор раскинути, јер његово даље постојање не остварује циљ који се имао у виду приликом закључивања. Уколико се раскине уговор, јавна управа је обавезна и да надокнади штету привредном друштву.⁴³ Такве ситуације су честе, а посебно се дешавају када је престала потреба за одређеним услугама, производима или када је престала потреба да изградњом одређеног грађевинскоог објекта. Основ оваквог права јавна управа налази у интересу функционисања јавне службе која у датом моменту нема потребе за уговорним престацијама.⁴⁴ Право јавне управе на једностранни раскид уговора подвргнуто је сљедећим принципима: а) оно је општег карактера и постоји у свим врстама управног уговора; б) раскид уговора у интересу јавне службе представља за управу дискреционо овлашћење; в) дискреционо овлашћење је саставни дио управног уговора и управа се истог не може унапријед одрећи; г) привредно друштво, у овим ситуацијама, има право на финансијску накнаду за претрпљену штету и за изгубљену добит.⁴⁵ Државни савјет Француске је својим пресудама оснажио овакву привилеговану позицију јавне управе. Тако је у пресуди из 1980. године суд заузео став да се не може поништити раскидање управног уговора који је изрекла јавна управа, већ само досудити обештећење за предузетника.⁴⁶

Јавна управа може да раскине уговор и када је сауговорач починио повреду уговорних обавеза. Тако је Државни савјет Француске у случају „*Vandel*“ пресудио да је концесионар начинио довољно тешку грешку да изгуби концесију, јер у конкретном случају опрема и напон струје нису били адекватни да би се остварио предмет уговора.⁴⁷ У другом случају, Државни савјет је донио одлуку да је концесионар такође начинио тешку повреду уговорних норми у степену који даје право јавној управи на рас-

42 Уколико се стране са предложеним измјенама не сагласе, своју заштиту могу тражити код управног суда, односно могу тражити да те измјене утврди управни суд.

43 Jean Rivero, *Droit administratif*, Dalloz, 1970, 119–122.

44 Marcel Waline, *Precis de droit administratif*, Paris, 1969, 430–443.

45 Упор. са: В. Иванчевић, 81.

46 Видјети и случај: Consiel d' Etat, 12 decembré 1980, *Ville de Lorient*. Нав. према: М. Петровић, 225.

47 Видјети: Consiel d' Etat, 12.7.1918, *Vandel*. Нав. према: М. Петровић, 225.

кид уговора, јер је у конкретном случају прерано напустио територију испред непријатељке инвазије, те се није довољно трудио да поново успостави службу.⁴⁸ Коначно, Државни савјет је у случају „*Nouvelle société fermière de Luxueil-les-Bains*“ пресудио да су концесионарове грешке довољно тешке да изгуби концесију, с обзиром на то да је у два ранија случаја починио исте грешке као и у конкретној ситуацији.⁴⁹

Закон о општем управном поступку Србије је дао право органу јавне управе да раскине управни уговор и то: а) ако изостане сагласност странке да се уговор измени због промењених околности; б) ако странка не испуњава уговорне обавезе и в) ако је то неопходно да би се отклонила тешка и непосредна опасност по живот и здравље људи и јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди, а то не може успешно да се отклони другим средствима којима се мање дира у стечена права.⁵⁰

Са друге стране, грешке учињене од стране привредног друштва у појединим случајевима нису, по мишљењу Државног савјета, биле довољно велике да би они „изгубили“ управни уговор. То су, на примјер, ситуације када се грешке огледају у привременим прекидима освјетљења, пропусту успостављања телефонске линије са службом предсједника општине,⁵¹ ако је цијена гаса снижена испод минимума утврђеног тарифом,⁵² ако је до обуставе у вршењу јавне службе дошло због константног и неоправданог одбијања заједнице концедената да концесионару призна право на повишење тарифе или накнаду за вануговорна оптерећења.⁵³

Насупрот наведеним овлашћењима јавне управе, привредно друштво има право на одговарајуће финансијске надокнаде које се испољавају различито, зависно од врсте управних уговора. Ово право је загарантовано и оно се не може мијењати вољом јавне власти.⁵⁴ Идеја о финансијској равнотежи управног уговора је посебне природе и није у складу са цивилистичким правилима о накнади штете, јер једнострано наметање

48 Видјети: Consiel d'Etat, 17.11.1944, *Ville d'Avallon*. Нав. према: М. Петровић, 226.

49 Видјети пресуду од 13. јула 1947. године у случају „*Nouvelle société fermière de Luxueil-les-Bains*“.

50 ЗУП, чл. 24. ст.1

51 Видјети пресуду од 5. јуна 1981, случај „*Bouvard*“. Нав. према: М. Петровић, 226.

52 Видјети случај: „*Ville de Limoux*“ од 18. марта 1982. године. Нав. према: М. Петровић, 226.

53 Видјети пресуду: „*Société d'éclairage d'Oloron-Sainte-Marie*“ од 10.08.1923. године. Нав. према: М. Петровић, 226.

54 А. Laubadere, F. Moderne, P. Delvolve, *Traite theorique et pratique des contrats administratif*, t. 1, Paris, LGDI, 1983, 717.

нових обавеза и накнада нису увијек у узрочној вези. Код управних уговора, привредно друштво не може увијек, за сваку нову обавезу, тражити накнаду штете, јер њихово наметање лежи у природи управних уговора, а изводи се из права надзора управе да утиче на извршење уговора. Накнаде само прате оне измјене, односно терете који битно утичу на финансијску конструкцију уговора.⁵⁵

Поред наведеног, привредно друштво има право на обештећења, као у случају незаконитог поступања управе, или ако се накнадно изврше неке престације које нису биле првобитно предвиђене уговором, али за које се утврди да су биле потребне, односно да су биле у јавном интересу и сл.⁵⁶ Такође, привредно друштво има право на финансијску надокнаду штете у случају постојања права на једнострану измјену уговора у јавном интересу (*la théorie du fait du prince*), као и у случају примјене теорије о непредвидљивости (*la théorie de l'imprevision*).

На крају, треба истаћи да Закон о општем управном поступку Србије предвиђа да уколико јавна управа, као уговорна страна, не испуњава уговорне обавезе, странка не може да раскине уговор, али може да изјави приговор.⁵⁷

IV Закључак

Управни уговор је специфичан правни институт који се битно разликује од уговора приватног права, што се нарочито огледа у задирању представника јавне управе у права и обавезе привредног друштва у већ створеном уговорном односу. Он представља средство јавне управе којим се задовољава јавни интерес и у том контексту га треба посматрати. Управни уговор мора да се одликује односом неједнакости с обзиром на вриједност коју штити. У том смислу, свако одступање од осталих врста уговора, па и у дијелу дефинисања положаја уговорних страна дозвољено је и нужно.

Привредном друштву се, поред финансијских надокнада, мора омогућити адекватна правна заштита у уговорном односу, јер само финан-

55 У том смислу видјети пресуду Државног савјета „*Gaz de Bordeaux*“ од 30. јуна 1916.

56 Тако је одлуком Апелационог управног суда у Паризу у случају „*Société Renoveco*“ дефинисано да друга уговорна страна има право на успостављање финансијске равнотеже уговора када јавна управа изврши неку једнострану мјеру којом се утиче на сам предмет уговора или неки други битан елемент управног уговора. Видјети: САА – *Société Renoveco*, 25mai, 1993. Нав. према: М. Петровић, 226.

57 ЗУП, чл. 25.

сијско балансирање наспрам једностраних дискреционих овлашћења јавне управе није увијек довољно. Потребно је водити рачуна о томе да се овлашћења јавне управе не злоупотријебе. Уколико се то деси, не угрожава се само положај привредног друштва, већ се нарушава и јавни интерес. Управни уговори се често закључују за пројекте који су од великог значаја за једну државу (изградња ауто-путева, болница, жељезница, система који ма држава обезбјеђује комуналне услуге и слично) и у таквим правним пословима друга уговорна страна је често привредно друштво из друге државе. У том смислу, мора се водити рачуна о томе како ће се уговор испуњавати и како ће се поступати према привредном друштву. Ако се једном створи лоша репутација, она може затворити врата за неке друге, веома битне међународне правне релације.

Dražen Miljić, PhD
University of Banja Luka

LEGAL STATUS OF COMPANIES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS

Summary

In domestic legal theory the topic dealing with administrative contracts has been neglected. In administrative law, this type of contract enjoys the reputation of an institution that solves contemporary administrative issues which are reflected, inter alia, in the lack of pecuniary, personnel and expert resources for performing ongoing tasks. Administrative contract is an agreement between the administration and legal entity, mostly business organizations that are characterized by a special legal regime that cannot be met by any other type of contractual relations. Administrative contracts are of special importance if we take into account the fact that the positive law of Serbia, for the first time in its history, regulates administrative contracts in Administrative Procedure Act, with only five articles, which will apply from June 1, 2017. On the other hand, companies registered in Serbia appear in other countries as a contracting party in administrative contracts at the same time not knowing enough about what kind of position are in such a relationship. Therefore, this paper focuses on describing the position of companies in the administrative contracts, showing solutions from comparative law with special emphasis on French law.

Key words: administrative contract, company, public interest, public service.

Др Драган Д. ПАНТИЋ
адвокат у Великом Градишту

НОВИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК СРБИЈЕ И НЕКА АКТУЕЛНА ПИТАЊА ИЗ ОБЛАСТИ НЕИМОВИНСКЕ ШТЕТЕ

Резиме

У Србији се очекује у догледно време усвајање Грађанског законика, где ће у делу о облигационим односима бити нормиране одредбе о неимовинској штети и њеној накнади. У овом раду, аутор указује на нека спорна питања у вези са правом на накнаду неимовинске штете која у будућности могу бити посебно актуелна. Таква спорна питања тичу се дилеме да ли будућа грађанскоправна регулатива треба дозволити накнаду неимовинске штете због повреде уговора и да ли такво право осим физичким лицима треба признати и правним лицима. У будућој грађанскоправној регулативи треба очекивати и другачије регулисање питања наследивости права на накнаду неимовинске штете у односу на важеће правило које само изузетно допушта прелазак овог права на оштећеникове наследнике.

Кључне речи: *неимовинска штета, уговорна одговорност, правно лице, наслеђивање накнаде.*

I Увод

У нашој држави је у току интензиван рад на кодификацији грађанскоправне области који у догледно време треба да резултира доношењем Грађанског законика Републике Србије. Једна од области која побуђује посебну пажњу је неимовинска штета и правила која регулишу њену накнаду.

Нова грађанскоправна регулатива би требало да реши и нека спорна питања у вези права на накнаду неимовинске штете. У правној теорији постоји неслагање око тога да ли је према садашњем облигационом законодавству могуће одредити накнаду неимовинске штете због повреде уговора. Предмет теоретске дискусије је и питање да ли будућа грађан-

скопавна регулатива треба омогућити да се за повреду уговорне обавезе, осим имовинске штете, може захтевати правична накнада неимовинске штете. Различити аргументи су коришћени у прилог признавању уговорне одговорности за неимовинску штету и против тога. У Преднацрту и Нацрту Грађанског законика Србије се предлаже наставак правног континуитета са сада важећим Законом о облигационим односима из 1978. године, мада се прихватљивијим чини становиште које се залаже за признавање права на накнаду неимовинске штете због повреде уговора.

Као спорно питање јавља се и дилема да ли правном лицу треба признати право на накнаду неимовинске штете у неким посебним случајевима – нарочито када дође до повреде његовог пословног угледа. У нашој позитивној судској пракси је прихваћено становиште да правна лица немају право на новчану надокнаду неимовинске штете, чак и када се у судском поступку недвосмислено утврди да је радњом штетника дошло до повреде пословног угледа оштећеног правног лица. Овакво становиште се у судској пракси објашњава тиме да новчану надокнаду нематеријалне штете због повреде угледа може да оствари само физичко лице, јер само оно може трпети душевне болове. Образложење оваквог става полази од тога да правна лица не поседују лична права која су својствена само човеку, па самим тим не постоји ни основ за досуђење надокнаде. Савремене тенденције у грађанском праву заузимају супротно становиште и залажу се за признавање правним лицима права на новчану накнаду неимовинске штете. Последњих година је у нашој земљи дошло до промене у схватању овог правног питања, па се предлагач у Преднацрту и Нацрту Грађанског законика позитивно изјаснио у прилог признавања правном лицу права на правичну накнаду штете због повреде угледа или других вредности које произилазе из природе њиховог субјективитета.

У српском позитивном праву код наслеђивања права на накнаду неимовинске штете направљен је изузетак у односу на општа правила о наследивости права и обавеза. Према важећем правилу садржаном у чл. 204, ст. 1. ЗОО право на накнаду неимовинске штете прелази на наследнике само ако је признато писменим споразумом или правноснажном судском одлуком. Овакво позитивно законско правило је подвргнуто бројним оправданим критикама па у будућој грађанскоправној регулативи треба очекивати другачије решење овог правног питања. У Преднацрту и Нацрту Грађанског законика разматрају се две нове могућности. Према једном предлогу право на накнаду неимовинске штете било би наследиво по општим правилима, без ограничења, док би према другом

предлогу ово право прелазило на наследнике ако је уговором признато или је о њему поведен спор. Обе предложене могућности дају наследницима повољнији положај у односу на позитивно правило, али сматрамо исправнијим опцију према којој је за прелазак овог права на наследнике потребна макар претходна иницијатива оштећеног.

II Накнада неимовинске штете због повреде уговора

Након усвајања Закона о облигационим односима из 1978. године у домаћој правној теорији су постојале одређене недоумице да ли тај закон предвиђа право на накнаду нематеријалне штете због повреде уговора. Разлог за то је прилично нејасна формулација у чл. 266, ст. 2. тог закона.¹ Тако су одређени аутори сматрали да је могуће одредити накнаду нематеријалне штете због повреде уговора према ЗОО. У правној теорији постоји став да се накнада нематеријалне штете може одредити на основу ЗОО али не на основу Општих правила о накнади штете (чл. 262-269) која предвиђају само накнаду материјалне штете, већ на основу деликтне (вануговорне) одговорности из чл. 189-205.² У прилог оправданости становишта да се у одређеним случајевима требају признавати одштетни захтеви којима се захтева досуђење новчане накнаде неимовинске штете на основу чл. 262, ст. 2. ЗОО, одређени аутори наводе пример када неко купи авионску или железничку карту ради превоза на погреб свог детета, па због кашњења железнице или авиона закасне на погреб и због тога претрпе знатне душевне болове.³ Мада је у новом Закону о обвезним односима Хрватске из 2005. године чланом 346, став 1. изричито признато право на накнаду неимовинске штете због повреде уговора, више хрватских аутора је изнело становиште да је одредба члана 262. став 2. „старог“ ЗОО била правна основа за досуђивање неимовинске штете и код повреде уговорне обавезе.⁴ У вези исте дилеме постоје аутори који су изнели

1 Чл. 266, ст. 2. ЗОО/78 гласи: „У случају преваре или намерног неиспуњења, као и неиспуњења због крајње непажње, поверилац има право захтевати од дужника накнаду целокупне штете која је настала због повреде уговора, без обзира на то што дужник није знао за посебне околности због којих су оне настале.“

2 Живомир Ђорђевић, „Члан 262. Испуњење обавезе и последице неиспуњења“, у: *Коментар закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Београд, 1980, 758.

3 Борис Визнер, *Коментар закона о обвезним (облигационим) односима*, књига друга, Загреб, 1978, 1084.

4 Петар Кларић, *Одштетно право*, Загреб, 2003, 255-256; Звонимир Слакопер, „Одговорност дужника за штету због повреде уговора“, *Хрватска правна ревија*, бр. 12/02, 10; Маја Просо, Марија Штамбук, „Принципи еуропског уговорног права с освртом на уговорну одговор-

супротан став одлучно одбијајући могућност накнаде неимовинске штете због повреде уговора на темељу позитивне законске регулативе.⁵ Као један од аргумената наведено је да израз „целокупна штета“ из чл. 266, ст. 2. ЗОО може подразумевати само материјалну штету, односно стварну штету и изгубљену добит. Притом је наведено и да израз целокупна штета може само брисати границу између предвидљивих и непредвидљивих штета, а не ону између материјалне и нематеријалне штете.⁶ Сматрамо правилнијим ово друго становиште, јер из законског текста не указује ништа на проширење одговорности на нематеријалну штету, тако да сматрамо да позитивна законска регулатива не даје могућност за остварење права на накнаду неимовинске штете због повреде уговора.

У теоретској расправи о потреби признавања неимовинске штете због повреде уговора изношени су различити аргументи за и против потребе досуђивања такве накнаде у нашем грађанском праву.

Један од аргумената против накнаде нематеријалне штете због повреде уговора заснива се на имовинском карактеру чинидби односно имовинској вредности облигационоправне чинидбе.⁷ Овакав став, полазиште налази у теорији да се облигационоправни односи заснивају на имовинским интересима учесника. Овакво схватање је блиско римском поимању облигационих односа где се сматрало да свака чинидба мора бити резултат људске радње и имати имовински карактер да би могла бити предмет обавезе. У формуларном поступку пресуда је увек гласила на суму новца па чак и када облигација није имала новчану вредност, док се у посткласичном праву углавном одустало од овог захтева, али је чинидба морала да има макар посредни имовински карактер.⁸ Наглашавање само имовинског карактера чинидбе резултирало је схватањем да треба само уважавати имовинске интересе учесника у облигационом односу. То је довело до става раније судске праксе да код повреде уговора треба признавати само имовинску – материјалну штету и да се могу уважавати са-

ност за нематеријалну штету према новом ЗОО-у“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. 4/2008, 912.

5 Стојан Цугој, *Коментар облигацијских размерјих*, књига II, Љубљана, 1984, 928; Добросав Митровић, „Члан 266. Обим накнаде“, у: *Коментар закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1983, 936; Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, 31; Алдо Радовић „Право особности у новом Закону о обвезним односима“, *Зборник Правног факултета у Ријеци*, бр. 1/2006, 163.

6 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013, 47.

7 Петар Кларић, *Одштетно право*, Загреб, 1996, 208.

8 Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд, 2012, 324.

мо имовински интереси и надокнађивати само имовинска штета у уговорним односима. Оваква аргументација је углавном коришћена приликом одбијања тужбених захтева за накнаду нематеријалне штете због повреде уговора у судским одлукама у периоду пре доношења Закона о облигационим односима из 1978. године. Овакво схватање је данас углавном напуштено, јер је неспорно у правној теорији да предмет облигације може бити сваки оправдани интерес а не само имовински, те да неимовински интереси не могу бити мање вредни од имовинских и не могу остати изван сфере правне заштите.

Против признавања уговорне одговорности за нематеријалну штету наводи се и аргумент настајања додатних тешкоћа у пословним односима. Према оваквом становишту признавањем накнаде нематеријалне штете због повреде уговора јавила би се већа неизвесност у пословним односима, што би резултирало осигурањем од ризика и повећањем трошкова пословања, које би највише осетили потрошачи као крајњи корисници.⁹ Даље се као аргумент против наводи и могућност повећања судских спорова, јер би признавањем овог права многи учесници у облигационим односима потражили правну заштиту те би дошло до оптерећености судова.¹⁰ Овакав аргумент не би био прухватљив из разлога што је примарна обавеза судства да пружа заштиту у случајевима када је дошло до повреде уговорне обавезе, а у таквим случајевима захтев за накнаду неимовинске штете, најчешће, не би био једини постављени тужбени захтев већ би у највећем броју случајева егзистирао уз тужбени захтев за накнаду материјалне штете. Уосталом, признавање уговорне одговорности за нематеријалну штету би утицало и превентивно на учеснике у облигационом односу да са већом пажњом ступају у пословне односе како до штете не би дошло.

Као аргумент за признавањем уговорне одговорности за неимовинску штету наводи се да чак и римско није грађанима ускраћивало заштиту неимовинских интереса, те би данас требало омогућити намирење сваког интереса повериоца путем чинидбе а не само имовинског. У супротном, неимовински интереси би у већем делу остали изван права, а они се и цивилизованом друштву не могу вредновати мање од имовинских.¹¹ Развојем друштва развија се и право и они се налазе у сталној симбиози, те се тако мења и схватање о имовинској функцији уговора. У да-

9 П. Кларић (1996), 208.

10 П. Кларић (1996), 209.

11 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2016, 26.

нашњем друштву се уговором не желе остварити само материјални интереси већ и одређени психички прохтеви па човек у тим односима постаје „*homo sensibilis*“, уместо ранијег „*homo consumens*“. ¹² Истицано је да право на данашњем степену развоја не може бити у функцији заштите само имовинских интереса повериоца, те да уговор мора бити инструмент за задовољавање најразличитијих дозвољених интереса а не само материјалних. Уколико је поверилац у одређеном уговорном односу имао материјални интерес, повредом уговорне обавезе дужник му може нанети не само материјалну већ и нематеријалну штету. ¹³

У Преднацрту и Нацрту Грађанског законика Србије се предлаже наставак правног континуитета са сада важећим Законом о облигационим односима из 1978. године. На то указује идентичност садржаја чл. 266. ЗОО са предложеним чл. 301. Преднацрта ГЗ, ¹⁴ и чл. 453. Нацрта ГЗ. ¹⁵ Једина разлика је терминолошког карактера и огледа се у томе што је наслов члана према Нацрту ГЗ – „Висина накнаде“, уместо ранијег – „Обим накнаде“. Сматрамо да би наше законодавство требало јасном формулацијом отклонити сваку сумњу да се за повреду уговорне обавезе, осим имовинске штете, може захтевати правична накнада неимовинске штете. За такав став залаже се и наша новија правна теорија. ¹⁶ Радило би се о новој законској одредби која би на јасан и недвосмислен начин увела начело да штету – имовинску и неимовинску, треба надокнадити и код вануговорних и код уговорних односа. У великом броју земаља егзистира право на накнаду неимовинске штете због повреде уговорних одредби. Такве правне норме прихваћене су у земљама ЕУ попут Немачке, Француске, Енглеске, Холандије, Шведске, Аустрије, те у САД, Израелу, Турској и земљама Комонвелта, а садржане су и у Директивама ЕУ-а које се односе на облигационоправне односе. Овде треба нагласити интенцију усклађивања националних законодавстава са Ландеовим начелима као израз тежње за јединственим уређењем грађанскоправне области међу државама ЕУ. У Принципима европског уговорног права (*Principles of European Contract Law* – PECL) у Поглављу 9:501 став 2. предвиђено је да

12 П. Кларић (1996), 209.

13 Обрен Станковић, *Накнада штете*, Београд, 1998, 79-81.

14 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, друга књига – облигациони односи, Београд, 2009, 107.

15 Нацрт Грађанског законика Републике Србије, Влада Републике Србије, Београд, 2015, 175.

16 Владимир Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд, 2012, 492; Здравко Петровић, Наташа Мрвић Петровић, *Накнада нематеријалне штете*, Београд, 2012, 130.

уговорној страни која је претрпела штету због неоправданог неиспуњења уговора припада право на накнаду неимовинске штете, те сваке будуће штете која се са разумном вероватноћом може предвидети.¹⁷ Ово може бити од нарочите користи за наше законодавство, јер се у поступку придруживања ЕУ наша земља обавезала да у свој правни поредак угради правне норме прихваћене у ЕУ што подразумева усклађивање и нашег Закона о облигационим односима са Директивама ЕУ.

Уколико би законодавац у будућем Грађанском закону у текст овог члана унео одредбу да поверилац осим обичне штете и измакле користи има право и на правичну накнаду неимовинске штете, сматрамо да би правилније било да наслов члана који уређује ово правно питање остане – „Обим накнаде“, уместо у Нацрту предложеног – „Висина накнаде“. Ово из разлога што појам обима накнаде у себи садржи не само висину накнаде већ и квалитет накнаде који се огледа у праву на накнаду штете по више основа.

Примећујемо да је код уговорне одговорности за неимовинску штету законодавац, осим код општих правила, пропустио да исту предвиди у још неким посебним случајевима. Овде би навели да је законодавац код уговора о превозу лица могао да пропише одштетну одговорност превозника као за имовинску тако и за неимовинску штету. У том случају би превозник одговарао за сигурност путника у периоду од почетка до завршетка превоза, укључујући и време улажења и излажења из возила. Уколико би дошло до оштећења здравља путника у виду телесних повреда или смрти, превозник би био дужан надокнадити како имовинску тако и неимовинску штету. Ове обавезе превозник би се могао ослободити само ако је до штетног догађаја дошло услед непредвиђених и неотклонљивих околности или кривицом самог путника. У Преднацрту Грађанског законика у чл. 918.¹⁸ и Нацрту Грађанског законика у чл. 1103.¹⁹ предвиђа се правни континуитет са позитивним законским решењем садржаним у чл. 684. ЗОО. Једина измена предложена је у делу који се односи на одговорност путника за штетни догађај те се сада уместо обичне радње путника захтева његова искључива кривица за настанак штетног догађаја, што сматрамо исправним и у складу са тенденцијом за већом

17 Целокупан текст Принципа европског уговорног права доступан је на интернет адреси: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/, 18.08.2016.

18 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, друга књига – облигациони односи, Београд, 2009, 285.

19 Нацрт Грађанског законика Републике Србије, Влада Републике Србије, Београд, 2015, 311.

заштитом права путника. Предложена је и алтернатива става 1. овог члана утолико што би уместо уопштеног термина „страног узрока“ сада било прецизније наведено да се превозник може ослободити одговорности и уколико је штета проузрокована околностима које се нису могле предвидети, ни избећи или савладати.

III Накнада неимовинске штете правним лицима

Право на накнаду нематеријалне штете правним лицима није нормирано одредбама важећег Закона о облигационим односима из 1978. године. Овакво схватање налази упориште и у правној теорији где се полази од концепције да правно лице није биолошки организам те да не трпи никакав физички или душевни бол или страх, те се тако новчаном накнадом не може постићи никаква сатисфакција као сврха новчане накнаде нематеријалне штете. Према овом схватању нематеријална штета правном лицу може бити нанета само повредом друштвеног односно пословног угледа те се и накнада може састојати у успостављању стања које је постојало пре nanoшења штете а то се може постићи објављивањем пресуде на терет штетника или применом друге мере која би постигла исти циљ.²⁰ Тако је прихваћено становиште да новчану надокнаду не треба досуђивати правним лицима, јер она не могу да имају лична права која су по својој суштини својствена човеку па тако не може постојати ни основ за досуђење надокнаде.

Становиште да правна лица немају право на новчану надокнаду нематеријалне штете је прихваћено и у нашој позитивној судској пракси. Према закључку усвојеном на Саветовању представника Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда о проблемима нематеријалне штете од 15-16. октобра 1986. године усвојено је правно схватање да се оштећеном новчана надокнада на име нематеријалне штете може досудити само када се повреда манифестовала у виду физичког бола, психичког бола или страха, јер су према Закону о облигационим односима то једини видови те штете. Према правном схватању Врховног суда Србије утврђеном на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 05.02.2001. године правно лице нема право на правичну накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, јер то није законом призната штета. У образложењу оваквог правног става је наведено да у судској пракси постоје различите одлуке о томе да

20 Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1987, 492.

ли правно лице има право на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа. Код заузимања правног става по овом питању прихваћено је да се као упућујуће норме морају имати у виду одредбе чл. 155 ЗОО где је прописано да нематеријална штета представља nanoшење другом физичког или душевног бола или страха и чл. 200, ст. 1. ЗОО где је прописано да суд може досудити правичну новчану надокнаду, независно од накнаде материјалне штете, као и у њеном одсуству, и за претрпљене болове због повреде угледа. Даље се закључује да право на новчану надокнаду нематеријалне штете због повреде угледа може да оствари само физичко лице, јер само оно може трпети душевне болове, а да болове због повреде угледа не може трпети правно лице па му због тога надокнада и није законом призната.

Овакво становиште је у супротности са праксом Европског суда за људска права у Стразбуру где изнет став да национални судови треба да признају право на нематеријалну штету и правном лицу, јер последице пословног угледа правног лица не морају да се односе само на њихову имовину.²¹

У Преднацрту Грађанског законика Републике Србије правилно је усвојено овакво становиште и предложено је да се правном лицу призна право на накнаду неимовинске штете. Чланом 226. Преднацрта је прописано да правна лица имају право на правичну накнаду штете због повреде угледа или других вредности које произилазе из природе њиховог субјективитета.²² Тиме су прихваћене савремене тенденције у погледу заштите правног лица. Предлагач закона се овде ограничио само на навођење повреде угледа као најчешћег облика у коме се испољава повреда нанета правном лицу. Сви други случајеви су подведени под термин „*друге вредности које произилазе из природе њиховог субјективитета*“. Тиме је избегнуто да се у законском тексту врши таксативно навођење свих случајева у којима може доћи до повреда на штету правног лица које би за резултат имало право на накнаду неимовинске штете, јер би та-

21 У предмету *UMD v. Ukraina*, представка број 72713/01 од 29. марта 2005. године Европски суд за људска права у Стразбуру је одлучио да суд може досудити надокнаду на име нематеријалне штете правном лицу те је због клевета изречене пред националним судом оштећеном предузећу на име нематеријалне штете досудио пун износ тражене надокнаде од 33.000 евра. Вид. Снежана Андрејевић, „Промена ставова судске праксе према накнади нематеријалне штете“, *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata и de lege ferenda* (ур. Радован Вукадиновић), Крагујевац, 2008, 279.

22 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, Друга књига, Облигациони односи, Влада Републике Србије, Београд, 2009, 82.

ква листа могла бити широка уз постојање опасности да неки облик не буде наведен. Додуше, термин „*све друге вредности*“ оставља отвореним листу могућих повреда, те тиме намеће обавезу онима који примењују право да правилно тумаче сваку конкретну ситуацију и правилно процењују вредности које поседује правно лице а које су повређене, како не би дошло до злоупотребе права. Правно лице има посебна својства и постоје предмети заштите који су типични за правна лица, те су правилно у Преднацрту постављене границе заштите правног лица у односу на физичка лица навођењем да накнада штете мора бити у вези са природом правног лица и његовим субјективитетом.

Након спроведене јавне расправе у вези предложених решења из Преднацрта, Комисија за израду Грађанског законика је у Нацрту Грађанског законика Републике Србије у делу који се односи на накнаду неимовинске штете правном лицу унела извесне измене у односу на решења из Преднацрта. У члану 361. Нацрта Грађанског законика основни предлог сада је свеобухватнији и прецизнији и заснован је на томе да у случају повреде угледа правног лица и других права личности, својствених његовој природи, суд може узимајући у обзир све околности, а нарочито тежину повреде и тежину кривице, досудити правичну новчану накнаду независно од накнаде имовинске штете.²³ Већ из самог садржаја предложеног текста се може приметити да је исти потпунији у односу на предложено решење из Преднацрта. Законодавац у Нацрту сада поред повреде угледа посебно наглашава повреду других права личности. На тај начин се ставља до знања да је повреда угледа примарни и најчешћи основ за одређивање ове надокнаде, али не и једини. Правно лице може претрпети и повреду права на име односно назив, права на пословну тајну, права на слободу привређивања, итд. Притом листа повређених права тиме није коначна и у зависности од степена културе и правне свести једног друштва може се попуњавати неким новим облицима чији садржај и границе треба потврдити будућа судска пракса. Притом се правилно наглашава чињеница да повређена права личности морају бити својствена правној природи правног лица, јер у сфери права личности постоје одређена права која су својствена само физичким лицима (право на живот, право на телесно и душевно здравље итд.). Примећујемо да се у предложеном тексту посебан акценат ставља на тежину повреде и тежину кривице. Исто је целисходно, јер може имати велики практични значај у сваком појединачном случају који су процесуира пред судом из раз-

23 Нацрт Грађанског законика Републике Србије, Влада Републике Србије, Београд, 2015, 154.

лога што утврђени параметри степена повреде и кривице могу представљати основне критеријуме којима би се суд руководио код одређивања правичне новчане надокнаде правном лицу.

Алтернативна варијанта I члана 361. Нацрта Грађанског законика је слична наведеном основном предлогу, али је нешто концизнија и предвиђа да право на правичну накнаду независно од накнаде имовинске штете као и у њеном одсуству, има правно лице у случају повреде угледа или других права личности својствених његовој (правној) природи. Варијанта II овог члана је у потпуности идентична са решењем предложеним у Преднацрту.

Имајући све напред наведено у виду сматрамо да је основно решење из чл. 361. Нацрта Грађанског законика најпотпуније и на најшири начин регулише питања правичне новчане накнаде неимовинске штете правном лицу.

IV Наслеђивање накнаде неимовинске штете

У предратном периоду није било законски регулисано право на наслеђивање накнаде неимовинске штете, док се правна теорија ослањала на решења из земаља германског правног круга, где је преношење потраживања такве накнаде на наследнике било могуће у случају постојања нагодбе са штетником или уколико је био покренут поступак од стране оштећеног.

Судска пракса у послератном периоду није била јединствена, те се најпре уопште није дозвољавало преношење овог права на наследнике, а касније су судови, уколико није било признања штетника, поступали двојачко: дозвољаван је прелазак потраживања на наследнике у случају постојања правноснажне пресуде или само уз услов да је оштећени иницирао судски поступак.

Закон о облигационим односима из 1978. године је у чл. 204, ст. 1. је прописао да је преношење потраживања накнаде нематеријалне штете на наследнике дозвољено само уколико је утврђено правноснажном пресудом или је признато уговором. Овакво решење је предмет бројних примедби и битно се разликује од предлога из Скице за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића, према коме је за

преношење потраживања накнаде неимовинске штете на наследнике било довољно да је оштећени само покренуо судски поступак.²⁴

У Србији је у току интензиван рад на кодификацији грађанског права који треба да резултира усвајањем Грађанског законика Републике Србије. Комисија за израду грађанског законика у делу будућег законика који се односи на облигационе односе разматрала је, између осталог, и проблем наслеђивања права на накнаду неимовинске штете. Овакав рад је 2009. године резултирао објављивањем друге књиге Преднацрта која је посвећена облигационим односима и где су предложене две варијанте за решавање овог правног питања. У првој опцији би се остало при садашњем законском решењу садржаном у чл. 204, ст. 1. ЗОО, док би према другој варијанти право на наслеђивање накнаде неимовинске штете на наследнике прелазило без ограничења. Тако је у чл. 230, ст. 1. Преднацрта предвиђен правни континуитет са садашњим позитивним решењем, тако што предлог гласи: *„Потраживање накнаде неимовинске штете прелази на наследнике само ако је признато правоснажном одлуком или писменим споразумом“*. У односу на чл. 204, ст. 1. ЗОО разлика је само у томе што је термин нематеријална штета замењен изразом неимовинска штета, што сматрамо исправним. Наведена разлика је само терминолошког карактера, док суштинске разлике у односу на позитивно законодавство не би било.

Међутим, у алтернативи чл. 230. Преднацрта налази се суштински другачији концепт. Алтернативни предлог гласи: *„Потраживање накнаде неимовинске штете прелази на наследника и оно може бити предмет уступања, пребијања и принудног извршења“*. Из оваквог предлога се може уочити да потраживање накнаде неимовинске штете прелази на наследнике, без икаквих услова и ограничења. Овакав концепт који је садржан у неким страним законодавствима суштински је потпуно различит од претходне варијанте и представља новину у нашем праву.²⁵

24 У чл. 164. Скице је прописано: *„Право на накнаду неимовинске штете не може се другоме уступити, изузев ако је уговором признато или је о њему поведен спор“*. Вид. Михаило Константиновић, *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1969, 39.

25 У Француској се право на накнаду неимовинске штете може наслеђивати без ограничења. Такво правило је након измена закона од 1990. године важеће и у Немачкој где су раније наследници могли да остваре такво право само ако је признато споразумом или ако је оштећени умро у току поступка за накнаду штете. До сличне промене је од 1996. год. дошло и у аустријском праву где је до тада за наследивост накнаде неимовинске штете захтевано постојање пуноважног споразума или судске одлуке. До оваквих промена није дошло у

Након што су предлози из Преднацрта објављени од стране Комисије и стављени на јавну расправу појавила су се различита мишљења у стручној јавности. Према једном становишту које фаворизује предложено могућност наслеђивања накнаде неимовинске штете без ограничења, наводи се да овакав предлог треба посматрати у светлу објективизовања појма моралне штете. Под објективизацијом појма моралне штете мисли се на промену владајуће субјективне концепција моралне штете која је присутна у српском позитивном праву. Таква промена концепта моралне штете огледала би се у томе да неимовинску штету треба схватити као повреду личног добра или објекта неимовинског права или правом заштићеног интереса и то без обзира на то да ли је та повреда имала за резултат бол или страх односно трпљење у интимној сфери оштећеника.²⁶ Супротно оваквом предлогу изнето је мишљење да наше законодавство не би требало прихватити овакав објективни концепт моралне штете где би право на наслеђивање моралне штете прелазило на наследнике без ограничења, дајући за то ваљане аргументе о којима ће касније бити више речи.²⁷

Комисија је, имајући у виду резултате јавне расправе, у Нацрту законика извршила значајне измене у односу на предложене варијанте из Преднацрта. У чл. 365. Нацрта досадашњи основни и алтернативни предлози постали су варијанте I и II, а као главни предлог сада се наводи: „*Право на накнаду неимовинске штете не може се другоме уступити, изузев ако је уговором признато, или је о њему поведен спор*“.²⁸ Оваква варијанта, која је идентична са предлогом из Скице професора Константиновића, није постојала у Преднацрту и сматрамо да је Комисија сасвим исправно такву опцију ставила у први план. О оваквој могућности смо се позитивно изјаснили у стручној расправи и сматрамо да је она у садашњем тренутку најприхватљивије решење за наше законодавство. За овакво становиште постоји више оправданих разлога од којих ћемо навести најважније.

Наслеђивање накнаде неимовинске штете без ограничења увек са собом носи ризик да може да доведе до претеране комерцијализације мо-

швајцарском праву где се захтев за накнадом неимовинске штете сматра строго личним и оштећени за живота мора покаже вољу да захтева такву накнаду и тек након подношења захтева за накнадом његов захтев се претвара у обично потраживање које је наследиво. Вид. Дејан Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд, 2015, 52-53.

26 Марија Караникић-Мирић, „Наследивост права на накнаду моралне штете“, *Актуелна питања савременог законодавства: Зборник радова са Саветовања правника – Будвански правнички дани*, Београд, 2015, 57.

27 Драган Пантић, „Наслеђивање накнаде неимовинске штете“, *Правни живот*, бр. 10/2015, 730.

28 Нацрт Грађанског законика Републике Србије, Влада Републике Србије, Београд, 2015.

ралних - неимовинских вредности, те да емоције и моралне вредности тиме доспеју у сферу економских - комерцијалних односа.

Поред тога, сматрамо да за прелазак потраживања накнаде неимовинске штете на наследнике, мора постојати макар иницијални акт оштећеног. Ово из разлога што се овде не ради о имовинском праву које би на наследнике прелазило под истим условима као сва друга имовинска права, већ се ради о личном праву, које је везано за личност оштећеног. Иако се, попут имовинске штете, и накнада неимовинске штете, углавном исказује у новцу, то не може бити разлог да се правила која се односе на накнаду имовинске штете протежу и на накнаду неимовинске штете. Новчана накнада је само средство за остварење права оштећеног, али су разлози за надокнаду имовинске и неимовинске штете потпуно различити, при чему треба имати у виду специфичност сврхе накнаде неимовинске штете. Имовинска штета је умањење материјалних добара, док су код неимовинске штете нападнута нематеријална добра изражена у поремећају здравља, душевног мира и емоционалне равнотеже. Стога би неосновано било преносити право на накнаду неимовинске штете на наследнике уколико вољу за сатисфакцијом није исказао сам оштећени. Осим наведеног, преношење потраживање накнаде неимовинске штете на наследнике без иницијативе самог оштећеног може бити и израз схватања о личном карактеру установе наслеђивања. Према овом схватању наслеђивање представља настављање личности декујуса у личности наследника, те стога и лична права декујуса могу прелазити без ограничења на његове наследнике. Овакво схватање наслеђивања је постојало још у римском праву, али је у модерној правној теорији напуштено, јер наслеђивање не може представљати установу личног карактера. Коначно, разлог за слободан прелазак потраживања накнаде неимовинске штете на наследнике може бити засновано и на теорији приватне казне. Овде је суштина у томе да штетник који је одговоран за штету мора бити адекватно кажњен, те накнада неимовинске штете представља казну за штетника. И овакво схватање је у модерној правној теорији напуштено, јер штетник за своју противправну радњу одговара према казним прописима. Чак и када штетник није процесуиран у кривичном поступку накнада неимовинске штете се одређује према грађанскоправним мерилима и не може се темељити на репресивном карактеру.²⁹

29 Обрен Станковић, *Накнада неимовинске штете*, Београд, 1972, 107-108.

Имајући све напред наведено у виду сматрамо да нема оправдања да се дозволи слободан прелазак накнаде неимовинске штете на наследнике. Основни критеријум за давање позитивног одговора на ово питање, била би иницијатива оштећеног за остварење таквог права. Без иницијативе која би потекла од оштећеног, сматрамо да не би било адекватно ни целисходно дозволити наследницима да захтевају такву надокнаду. Ово из разлога што се не може са сигурношћу утврдити да ли би оштећени за живота тражио надокнаду од штетника. Разлози којима би се руководио оштећени не морају нужно постојати и на страни његових наследника, јер ти разлози често могу бити субјективне природе (нпр. лични однос оштећеног према штетнику, непријатност због јавног изношења одређених чињеница из интимне сфере итд.)

Зато сматрамо исправним решење према коме треба дозволити наслеђивање накнаде неимовинске штете, само уколико је вољу за таквом надокнадом испољио оштећени. Притом, је на законодавцу да одреди обим и форму у којој ће се исказати таква иницијатива оштећеног. Сматрамо погодним решење које је у Нацрту законика предложено од стране Комисије према коме тражбина накнаде неимовинске штете прелази на наследнике ако је такво потраживање уговором признато или је оштећени покренуо спор. Притом, није без основа ни решење према коме би оштећени, осим подношења тужбе, иницијативу за накнадом штете могао исказати и подношењем писаног захтева према штетнику или одговорној особи са предлогом за мирним решењем спора, најчешће у виду постизања вансудског поравнања.³⁰ Постојањем писаних доказа о потраживању надокнаде неимовинске штете, био би задовољен степен правне сигурности. Међутим, могуће је и додатно ублажити такве критеријуме, те дозволити прелазак потраживања на наследнике само уз постојање позитивне изјаве оштећеног. У том случају захтев за накнадом неимовинске штете чак не би морао од стране оштећеног бити упућен непосредно штетнику, али би било неопходно недвосмислено утврдити вољу оштећеног за остваривање таквог права. У том смислу би била довољна вансудска изјава оштећеног у било којој форми при чему не би било неопходно да у таквој изјави оштећени определи износ новчане накнаде коју потражује.

30 Слично решење постоји у законодавству Хрватске где је у чл. 1105. Закона о обвезним односима Хрватске прописано да тражбина неимовинске штете прелази на наследнике само ако је оштећени поднео писани захтев или тужбу. Вид. *Коментар Закона о обвезним односима, опћа редакција Вилим Горени*, Загреб, 2014, 1849-1850.

Једно од спорних питања би могло бити како поступити ако оштећени убрзо након претрпљене штете умре или изгуби способност расуђивања. Односно, како правно регулисати случајеве када је оштећени радњом штетника онемогућен да искаже вољу за остваривање накнаде неимовинске штете.³¹ Сматрамо да не постоји ниједан оправдани разлог да из такве ситуације користи има штетник. Стога би у ситуацијама када је оштећени радњом штетника онемогућен да искаже вољу за накнадом неимовинске штете, требало сматрати да таква воља постоји. Само у том случају би потраживање накнаде неимовинске штете одмах прелазило на наследнике, који би били овлашћени да остваре такво право и без постојања претходне иницијативе оштећеног.

V Закључак

У Србији је у току рад на кодификацији грађанског права, где је Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије у делу посвећеном облигационим односима нормирала одредбе о неимовинској штети и њеној надокнади.

У вези са правом на накнаду неимовинске штете појавила су се нека спорна питања која у будућности могу бити посебно актуелна. Једно од тих спорних питања тиче се дилеме да ли будућа грађанскоправна регулатива треба дозволити накнаду неимовинске штете због повреде уговора. У правној теорији постоји неслагање око тога да ли је према садашњем облигационом законодавству могуће одредити накнаду неимовинске штете због повреде уговора, а таква дилема се поставља и у вези будуће грађанскоправне регулативе. Постоје два гледишта на ово питање са дијаметрално супротним ставовима - за и против досуђивања такве накнаде у нашем грађанском праву. Сматрамо да има више основа становиште које даје позитиван одговор на ово питање, и да би наше законодавство требало јасном формулацијом отклонити сваку сумњу да се за повреду уговорне обавезе, осим имовинске штете, може захтевати правична накнада неимовинске штете.

31 Овакве дилеме већ су се појавиле у хрватској правној теорији са основном примедбом да је недавно усвојени хрватски ЗОО у том делу остао недоречен, те да би га требало допунити. Вид. Хрвоје Качер, „Концепт нематеријалне штете по закону о обвезним (облигационим) односима из 1978. и успоредба са концептом из Хрватског Закона о обвезним односима“, *Тридесет година Закона о облигационим односима: de lege lata и de lege ferenda* (ур. Радован Вукадиновић), Крагујевац, 2008, 254.

Друго спорно питање тиче се дилеме да ли правном лицу треба признати право на накнаду неимовинске штете у неким посебним случајевима - нарочито када дође до повреде његовог пословног угледа. Досадашњи став наше судске праксе био је негативан са образложењем да новчану надокнаду не треба досуђивати правним лицима, јер она не могу имати лична права која су по својој суштини својствена човеку па тако не може постојати ни основ за досуђење надокнаде. Овакво становиште је у супротности са савременим тенденцијама у грађанском праву и праксом Европског суда за људска права у Стразбуру. Такво схватање у нашем праву је временом еволуирало па је у Преднацрту и Нацрту Грађанског законика Републике Србије предложено да се правном лицу призна право на накнаду неимовинске штете. Такво решење сматрамо правилним и мишљења смо да би наше будуће грађанско законодавство требало садржати одредбу према којој би правно лице имало право на правичну накнаду неимовинске штете због повреде угледа и других права личности које произилазе из природе његовог субјективитета.

Према позитивној законској регулативи садржаној у чл. 204, ст. 1. ЗОО потраживање накнаде неимовинске штете може прећи на наследнике само ако је утврђено правноснажном пресудом или је признато уговором. Овакво решење је од стране стручне јавности са правом критиковано, јер садржи многе недостатке и разликује се од предлога из Скице за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића, према коме је за преношење потраживања накнаде неимовинске штете на наследнике било довољно да је оштећени само покренуо судски поступак. У Преднацрту и Нацрту Грађанског законика у вези овог правног питања предложене су неке значајне новине којима се побољшава положај наследника. Законодавац је једним од алтернативних предлога предложио наследивост права на накнаду неимовинске штете без ограничења. Овакав предлог сматрамо бољим од садашњег законског решења, али смо мишљења да прелазак потраживања накнаде неимовинске штете на наследнике не би требало дозволити слободно и без претходне иницијативе оштећеног. Исправнијим сматрамо основни предлог из Нацрта законика према коме се право на накнаду неимовинске штете не може другоме уступити, изузев ако је уговором признато, или је о њему поведен спор. Постојање иницијативе оштећеног за потраживањем накнаде сматрамо неопходним из разлога што оштећени приликом одлучивања да ли ће захтевати такву надокнаду од штетника често може бити мотивисан субјективним разлозима, који разлози не морају постојати на страни његових наследника. Сматрамо да би положај наследника могао бити до-

датно побољшан прописивањем правила да је за наследивост овог права довољно да је оштећени упутио писани захтев штетнику или одговорном лицу. Једино у случају да је краће време након претрпљене штете наступила смрт оштећеног или губитак способности расуђивања, услед чега би оштећени био онемогућен да искаже вољу за потраживањем накнаде, требало би сматрати да таква воља постоји и дозволити пренос потраживања накнаде неимовинске штете на наследнике без иницијативе оштећеног.

Dragan D. PANTIĆ, PhD
Attorney at Law, Veliko Gradište

NEW SERBIAN CIVIL CODE AND SOME CURRENT ISSUES IN THE FIELD NON-PECUNIARY DAMAGE

Summary

This paper discusses some of the issues related to the right to compensation for non-pecuniary damage which in the future may be particularly relevant. Such issues concern the dilemma of whether future regulation should allow civil compensation for non-material damages for breach of contract, and whether such a right other than natural persons must be recognized to the legal entities. The autor writes about the problem of inheritance of non-pecuniary damage in Serbian law. First, the description of the situation in the Serbian science before the Second World War, and then processes the post-war period and the current legislation. The paper critically evaluates now valid legal regulations in this area, and as soon as possible expects the adoption of the Civil Code of Serbia, makes suggestions and proposals to regulate this legal issue de lege ferenda.

Key words: immaterial damage, contractual liability, legal entity, inheritance fees.

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

Др Слободанка Ковачевић-Перић
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини
са привр. седиштем у Кос. Митровици

Др Владимир Боранијашевић
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини
са привр. седиштем у Кос. Митровици

АРБИТРАЖА ЗА РАДНЕ СПОРОВЕ

Резиме

Право је запослених и послодавца да спорове из радног односа (индивидуалне и колективне) решавају мирним путем. Аутори у раду анализирају арбитражу као метод решавања радних спорова. Правним прописима утврђена је могућност заштите појединачних права из радног односа споразумним поверавањем спора трећем лицу – арбитру; и заштита повређених права из радног односа пред арбитражом за радне спорове као независним, самосталним, непристрасним телом у оквиру и преко Републичке агенције за мирно решавање радних спорова. Аутори у раду наглашавају да арбитражно решавање спорова (као и друге методе мирног решавања радних спорова) добија све више на значају последњих деценија, пре свега због инструмената који се користе у поступку пред арбитражом, а то су: преговори, компромис и договори. Код арбитражног поступка у предности су чешће економски и социјални аспекти, аргументи правичности неретко су изнад законских прописа. Такође, поступак се окончава у релативно кратком року.

Кључне речи: спорови из радног односа, арбитража, арбитар, хитност поступка.

I Уводна разматрања

Садржину радног односа чине индивидуална и колективна права, обавезе и одговорности субјеката тог правног односа. При остваривању или заштити права, обавеза и одговорности из/или поводом радног односа може доћи до повреде и угрожавања истих, што доводи до спора између субјеката радног односа. У зависности да ли спор настаје поводом остваривање права из индивидуалног или колективног радног односа, од субјеката спора и предмета спора, радни спор може бити индивидуални или колективни. *Индивидуални радни спор* је спор који настаје између појединог радника и послодавца поводом повреде индивидуалног, појединачног и личног права, интереса, односно обавезе из радног односа, заснованог на закону, колективном уговору или уговору о раду, а за чије је решавање надлежан одређени орган.¹ Насупрот индивидуалном, колективни радни спор је спор између послодавца и више радника, односно између удружења послодаваца и синдиката. Настаје поводом повреде колективних права и обавеза или ради заштите колективних интереса у радним односом.² У појединим споровима није лако разграничити када се завршава индивидуални, а почиње колективни радни спор, односно да ли је у питању повреда појединачног или колективног права или угрожавање појединачног или колективног интереса. Индивидуални радни спор може прерасти у колективни радни спор у појединим случајевима у којима се повређивање појединачних права из радног односа појављује као повод за ширу акцију запослених којима ја стало до солидарности с колегама,³ код конфликта када спор преузме синдикат. У поступку заштите права из радног односа запослени се може обратити: органима послодавца (интерна заштита); инспекцији рада (управна заштита); арбитру и посебној арбитражи за радне спорове преко и у оквиру Агенције за мирно решавање радних спорова (арбитражна заштита); независним и самосталним органима – Заштитнику грађана, Поверенику за информације од јавног значаја и за заштиту података о личности и Поверенику за заштиту равноправности (квазисудска заштита); и надлежном суду, односно вођењем радног спора (судска заштита). Заштита права запослених пред судом је, са правног аспекта, најзначајнији и најобјективнији облик заштите. Пред судом, као независним и екстерним органом, запослени и послодавац иступају у спору као равноправне странке. Међутим, послед-

1 Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, Београд, 1981, 304.

2 Предраг Јовановић, *Радно право*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад, 2012, 344 и даље.

3 Живко Кулић, Слободанка Ковачевић-Перић, *Радно право*, Завод за уџбенике, Београд, 2016, 407.

њих деценија алтернативно решавање радних спорова (методе мирно решавања радних спорова) добијају све више на значају због инструмената који се користе у поступку решавања спора, а то су: преговори, компромис и договори. На међународном плану, уопштено говорећи, код свих врста спорова све је израженија склоност супституције штрајка и локаута (*lock out*) са арбитражним решавањем спора. Мирно решавање радних спорова, превасходно код колективних радних спорова у делатностима од виталног друштвеног значаја ствара претпоставке за стабилан економски развој, јер се спречава материјална штета која настаје услед прекида рада и штрајкова, а подстиче се дијалог и превенција дугих радних спорова.

Право на мирно решавање радних спорова је законом гарантовано право. У даљем остваривању овог права законодавац прописује могућност заштите права из радног односа споразумним поверавањем спора трећем лицу – арбитрау и арбитражи за радне спорове. Тако, према Закону о раду Републике Србије⁴ запослени имају право на мирно решавање колективних и индивидуалних радних спорова. Законом о раду предвиђа се заштита повређених права из радног односа пред *арбитром* као трећим лицем које одређују споразумом стране у спору из реда стручњака у области у којој је предмет спора.⁵ У истом маниру и Законом о мирном решавању радних спорова⁶ прописана је заштита повређених права из радног односа пред *арбитражом за радне спорове*, као независним, самосталним, непристрасним телом у оквиру и преко Републичке агенције за мирно решавање радних спорова. У даљем раду анализира се арбитража као институционални вансудски метод решавања радних спорова у оквиру Агенције за мирно решавање радних спорова. Доношењем Закона о мирном решавању радних спорова 2004. године грађанима је понуђена могућност алтернативног, вансудског начина решавања радних спорова. Предности које доноси примена алтернативних метода решавања радних спорова су: постојање страначке аутономије, добровољност, ефикасност и економичност поступка, поступак је неформалан и бесплатан и др. Међутим, у домаћој пракси алтернативно решавање радних спорова је далеко од искоришћавања свог пуног потенцијала (када су у питању и индивидуални и колективни радни спорови). У складу са тим, од значаја

4 Закон о раду – ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/2014, чл. 13.

5 ЗР, чл. 194.

6 Закон о мирном решавању радних спорова – ЗМРПС, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, 104/2009.

је даља хармонизација са Директивом Европске уније о посредовању у грађанским и трговинским стварима 2008/52/ЕЗ,⁷ која на посредан начин уређује област мирног решавања радних спорова.

II Појам и смисао арбитраже за радне спорове

Етимолошко значење речи арбитража везано је за латинску реч *arbiter* – или изабрани судија, односно *arbitrari* – пресуђивати као изабрани судија. Њена суштина је у избору арбитра – треће стране којој се поверава решавање спора. Колоквијално, када се каже арбитража или решити спор пред арбитром подразумева се неформалан, ванинституционалан метод решавања спора доношењем одлуке, а такође може да значи решавање спора путем посредовања треће стране. У арбитражном решавању спора нарочито су важни принципи цивилизованости, правичности, добровољности, интересне равнотеже страна у спору – уважавање интереса и запослених и послодавца, принципи флексибилности, ефикасности, економичности. Начело савесности и поштења нарочито долази до изражаја у арбитражној заштити права из радног односа.⁸ Стога се може рећи да је арбитража еманација мирном решавању радних спорова. Обраћање запослених арбитражи је међународно признато право. Конвенција Међународне организације рада бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца из 1982. године⁹ у одредби члана 8. став 1. прописује право радника да се жали [...] неком непристрасном телу, као што је суд, раднички суд, арбитражни комитет или арбитар. Арбитража за радне спорове представља алтернативу решавања спора судским путем.

1. Арбитражно решавање радних спорова у законодавству Републике Србије

Правним прописима утврђена је могућност заштите права из радног односа споразумним поверавањем спора трећем лицу – арбитру и арбитражи за радне спорове. Прецизније речено, прописима се предвиђа: (1) заштита повређених права из радног односа пред *арбитром* као трећим лицем које одређују споразумом стране у спору из реда стручњака у

7 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ L 136, 24.5.2008, p. 3-8.

8 Преузето из: Слободанка Ковачевић-Перић, „Смисао и домаћај начела савесности и поштења у заштити права из радног односа пред арбитражом“, *Правни живот*, бр. 11/2014, 497-510.

9 *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/1984.

области у којој је предмет спора; и (2) заштита повређених права из радног односа пред *арбитражом за радне спорове* као независним, самосталним, непристрасним телом у оквиру и преко Републичке агенције за мирно решавање радних спорова.¹⁰ Решавање спорова пред арбитром предвиђено је чланом 194. Закона о раду. У смислу наведене одредбе општим актом и уговором о раду може се предвидети поступак споразумног решавања спорних питања између послодавца и запосленог, поверавањем спора трећем лицу, односно арбитру. Ова одредба је „својеврсна компензација“ запосленима за укидање права на приговор/жалбу у општем режим радних односа против одлуке послодавца којом је одлучено о правима, обавезама и одговорностима запослених. Наиме, општи режим радних односа не предвиђа двостепеност у одлучивању о правима, обавезама и одговорностима запослених. Двостепеност се предвиђа у посебном режиму радних односа (за запослене у државним органима).¹¹

Решавање спора у поступку пред арбитром (код послодавца) је важан сегмент са аспекта превенције даљег конфликта између запосленог и послодавца.

2. Поступак пред арбитражом за радне спорове

Заштита права из радног односа (индивидуалних и колективних), сходно Закону о мирном решавању радних спорова, може се остварити пред арбитражом за радне спорове у оквиру и преко Агенције за мирно решавање радних спорова. Арбитража, у смислу овог закона, јесте поступак у коме арбитар одлучује о предмету индивидуалног спора.¹² У складу са ЗМРРС индивидуални радни спор може да се решава пред арбитром, ако је спор настао поводом: (1) отказа уговора о раду; (2) уговарања и исплате минималне зараде; (3) дискриминације на раду; (4) злостављања на раду; (5) накнаде трошкова за исхрану у току рада; (6) накнаде трошкова за долазак и одлазак са рада; (7) исплате јубиларне награде; (7) исплата регреса за коришћење годишњег одмора. Други индивидуални радни спорови не могу се решавати арбитражом у оквиру и преко наведене агенције, већ сходно одредбама Закона о раду.¹³

10 Агенција је основана Законом о мирном решавању радних спорова 2004. године.

11 Закон о државним службеницима, *Службени гласник РС*, бр. 79/05, 81/05-испр., 83/05-испр., 64/07, 67/07-испр., 116/08, 104/09, члан 113.

12 ЗМРРС, чл. 4 ст. 2.

13 ЗМРРС, чл. 30.

Поступак пред арбитражом се заснива и води на начелу добровољности – стране у спору су слободне да добровољно одлуче о приступању мирном решавању спора, ако законом није друкчије одређено; на начелу трипартизма – у поступку мирног решавања радног спора учествују стране у спору и миритељ, односно арбитар; и начелу непристрасности – миритељ, односно арбитар је дужан да поступа непристрасно.¹⁴ Стране у спору покрећу поступак подношењем предлога Агенцији, заједнички или уз појединачну сагласност. Ако је предлог поднела једна од страна у спору, Агенција доставља предлог и документацију другој страни у спору и позива је да се у року од три дана изјасни да ли прихвата мирно решавање спора. Предлог садржи нарочито: (1) име, презиме и адресу, односно назив и седиште страна у спору; (2) предмет спора. Уз предлог стране у спору достављају документацију у вези са предметом спора, као и имена сведока, ако их имају. У поступку мирног решавања радног спора учествују стране у спору и арбитар. Арбитра споразумно одређују стране у спору из Именика, у заједничком предлогу, односно у року од три дана од дана прихватања појединачног предлога. Ако стране у спору споразумно не одреде арбитра, одређује га директор Агенције.¹⁵ За арбитра, сходно ЗМППС, може да буде изабрано лице које испуњава следеће услове: 1) да је држављанин Републике Србије; 2) да има високу стручну спрему и најмање пет година радног искуства у области радних односа; 3) да није осуђивано за кривично дело на безусловну казну затвора од најмање шест месеци или за кажњиво дело које га чини неподобним за обављање ових послова; 4) да је достојно дужности миритеља, односно арбитра. Поред наведених услова, мора да има положен правосудни испит или да је редовни професор факултета из позитивно-правних предмета. Избор арбитра врши се путем јавног огласа који објављује Агенција. Арбитар се бира на четири године и може бити поново изабран. Својство арбитра стиче се даном уписа у Именик. Својство арбитра престаје брисањем из Именика

Аенција доставља предлог и документацију у вези са предметом спора арбитра који је одређен за конкретан спор. Арбитар је дужан да закаже расправу у року од три дана од дана пријема предлога и документације о предмету спора и о томе обавештава стране у спору. Свака страна у спору може да *повуче предлог за покретање поступка* пред арбитражом најкасније до дана отварања расправе. Ако међу странама у индивидуал-

14 ЗМППС, чл. 4-6.

15 ЗМППС, чл. 38.

ном спору *тече судски поступак* из истог чињеничног и правног основа, стране у спору дужне су да суд обавесте о покретању поступка у складу са овим законом. Суд ће, у том случају, *застати* са поступком.¹⁶

Расправа се одржава у присуству страна у спору и арбитра. Одржавање расправе је јавно. Арбитар може да искључи јавност на захтев страна у спору, ако за то постоје оправдани разлози. Арбитар је дужан да поступа непристрасно, савесно и по свом најбољем знању, у циљу решавања спора између страна у спору. Арбитар отвара расправу и утврђује да ли сва позвана лица присуствују расправи. Ако једна од страна у спору неоправдано изостане са расправе арбитар може да одржи расправу у њеном одсуству, узимајући у обзир документацију коју је та страна доставила. Арбитар руководи расправом, узима изјаве од страна у спору и других лица у поступку, изводи доказе и стара се да се у току расправе изнесу све чињенице релевантне за одлучивање. Стране у спору имају право да се пред арбитром изјасне о предмету спора и одговоре на наводе друге стране у спору. Арбитар одлучује о одлагању расправе, по службеној дужности или на захтев стране у спору. У случају одлагања расправе арбитар је дужан да закаже расправу најкасније у року од пет дана од дана одлагања расправе. Арбитар је дужан да редовно обавештава Агенцију о покретању, току и окончању поступка мирног решавања радног спора.

Стране у спору имају право да дају завршну реч на расправи. Ако арбитар сматра да је предмет спора расправљен тако да може да одлучи, закључује расправу. Арбитар је дужан да *донесе решење* о предмету спора у року од *30 дана* од дана отварања расправе. Против решења *није дозвољена жалба*. Решење је *правноснажно и извршно* даном *достављања странама* у спору. Ако је у решењу одређено да се радња која је предмет извршења може извршити у остављеном року, решење постаје извршно истеком тог рока.

Стране у спору су дужне да обавесте суд о доношењу решења ако је поступак пред судом прекинут. Свака страна у спору сноси своје трошкове у поступку, осим трошкова арбитра, односно миритеља.

III Предност арбитраже као метода решавања радних спорова у односу на судску заштиту

У поступку решавања спорова из области рада и радних односа, последњих деценија, на међународном плану, изражена је тенденција

16 ЗМРРС, чл. 30 ст. 2.

супституције судског поступка алтернативним методама решавања спорова, пре свега арбитражом. У неким земљама посредовање треће стране, пре одлуке надлежног тела, доводи до решавања великог броја спорова (тако се решава око две трећине спорова у Великој Британији).¹⁷ Разлози су инструменти који се користе у арбитражи – преговори, компромис и договори. У арбитражном решавању спора доминирају принципи правичности, савести и поштења, принципи флексибилности, ефикасности, економичности, цивилизованости. Код арбитражног поступања у предности су чешће економски и социјални аспекти, интересна равнотежа страна у спору, односно уважавање интереса и запослених и послодавца, тако да су аргументи правичности често изнад законских прописа. У арбитражу је уткано поверење страна у спору да се ма која врста спора реши мирно, између самих актера конфликта, уз евентуалну помоћ неутралних лица, а мимо судске инстанце, превасходно због спорости, бирократизације и трошкова судског поступка. За разлику од судског поступка који се покреће тужбом уз плаћање судске таксе, арбитражни поступак пред Агенцијом за мирно решавање радних спорова је потпуно бесплатан, односно пада на терет државе и не захтева ангажовање адвоката. Странама у спору даје се могућност договора око динамике исплате неисплаћених дуговања.¹⁸ Додатна вредност арбитражног поступка, као и других метода мирног решавања радних спорова је њихова ефикасност – рокови су релативно кратки, време трајања поступка је ограничено на 30 дана, насупротив трајању судског поступка који је „рак рана“ домаћег правосудног система (поступци пред судом трају и по неколико година, најмање две). Да је трајање радних спорова хронични проблем домаћег правосудног система, потврђује податак да је Србија у 2014. години пред Судом за људска права у Стразбуру била прва по броју притужби у односу на број становника – грађани су поднели укупно 2.787 пријава, односно 3,9 на 10.000 становника. Највећи проценат притужби између грађана Србије и Републике Србије пред Европским судом за људска права, негде око 43 посто, односи се на повреду права на суђење у разумном року, обухваћено чланом 6. Европске конвенције за заштиту људских права и

17 Roger Blanpain, Chris Engels, *Comparative Labour Law and Industrial Relation in Industrialised Market Economies*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1998, 300.

18 Са финалне конференције Мирно решавање радних спорова одржане у Београду 29. новембра 2016. Доступно на адреси: idcsrbia.org/konferencija-mirno-resavanje-radnih-sporova/ (18. 02. 2017).

основних слобода из 1950. године.¹⁹ Број притужби грађана Србије се евидентно смањује. У 2016. године поднето је 1.190 притужби Европском суду за људска права, што је мање у односу на 2.491 притужбу у 2015. години и 11.427 притужби у 2014. години.²⁰ Даље, битна одлика поступка за мирно решавање радног спора јесте да је арбитражно решење правноснажно и извршно даном достављања странама у спору. Ако је у решењу одређено да се радња која је предмет извршења може извршити у остављеном року, решење постаје извршно истеком тог рока.²¹ Решење арбитраже је, дакле, исте правне снаге као пресуда у поступку у праницама из радних односа која је постала правноснажна. И са овог аспекта евидентна је предност арбитраже, имајући у виду податак да за око 100.000 судских предмета у Србији поступак извршења траје више од 10 година.²² То је, такође, кршење права на разумно трајање судског поступка у који се рачуна и поступак извршења. У 2015. години, пред судовима у Србији било је приближно пет милиона активних предмета. Скоро половину чинили су извршни предмети – више од два милиона, док је од тог броја милион и шесто старије од две године.²³

Наведене предности арбитраже нису „препознате“ од стране запослених и послодаваца као примарно средство за решавање спора. Наиме, према статистичким подацима у Србији се у току првог квартала 2016. године пред судовима водило око 40.000 радних спорова, док је за 10 година рада Агенције учешће миритеља и арбитра било затражено у свега 13.500 случајева. Током 2015. године пред Агенцијом су покренута 284 индивидуална радна спора. Агенција је посредовала у преговорима за седам штрајкова и 22 поступка поводом закључивања, измене, допуне или примене колективног уговора. У 2016. години пред Агенцијом је покренуто 625 радних спорова од којих је већ решено 176, а 115 предлога за покретање поступка је одбачено због стварне ненадлежности. Нарочит до-машај арбитраже показао се у поступцима поводом злостављања на раду – мобинга. Према подацима о поступцима за заштиту од мобинга грађа-

19 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005-испр., *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010; и Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Службени гласник РС*, бр. 40/2015.

20 Доступно на адреси: www.euractiv.rs/ljudska-prava/8411-protiv-srbije-2523-prituzbe-u-strazburu (19. 02. 2017).

21 ЗМРРС, чл. 36 ст. 2.

22 Извор: EurActiv Srbija, од 22. јуна 2015, доступно на адреси: www.euractiv.rs/ (19. 02. 2017).

23 Доступно на адреси: <http://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/040516/040516-vest2.html> (18. 02. 2017).

ни Србије су у 2015. години покренули укупно 73 поступка пред Агенцијом за мирно решавање радних спорова, а за првих шест месеци 2016. године 40. Са друге стране, према подацима Вишег суда у Београду у 2015. години покренуто је 162 поступка за мобинг, од којих је решено 54, а у 2016. години од 70 покренутих поступака решено је 7 поступака. Остали поступци су у току.

Бројност радних спорова пред свим судским инстанцама указује на поремећај у области заштите рада.²⁴ Неуједначена судска пракса, споро решавање предмета, непостојање специјализованих судова за радне спорове (укидањем судова удруженог рада деведесетих година ова надлежност је придодата судовима опште надлежности),²⁵ неспецијализованост судија за ову специфичну врсту спорова и са аспекта субјеката и са аспекта интереса који се штите, доводи до угрожавања права на раду као фундаменталних људских права, до неједнакости у заштити права, губљења поверења у државне институције, кршења начела хитности одлучивања, кршења права на заштиту у разумном року, до несигурности послодавца и запосленог са аспекта њихових права и обавеза итд. Напоменимо, примера ради, један фрапантан податак да је тек недавно завршен процес који је почео још 1985. године пред Судом удруженог рада. У том смислу, предност укључивања Агенције у решавање спорова у области рада је вишеструк. Најпре, поступак је бесплатан, мање бирократизован, траје краће, односно, добија се у релативно кратком року извршно решење (30 дана). Међутим, евидентно је у нашој земљи заштита права запослених пред судом и даље доминантан и најзаступљенији облик екстерне заштите права из радног односа. Ову констатацију поткрепљује податак да се у 2014. години у Србији водило око три милиона судских процеса због повреде радних права. Неповерење у функцију арбитра последица је „културног миљеа“ и увреженог става о неприкосновености суда у решавању радних спорова – „судији се приступа као оличењу живе праведности“ (Аристотел). Премда, активност арбитра као трећег (неутралног) лица слична је функцији судије у суђењу, јер му се препушта решавање спора. И сама арбитража је квази – судска. Ипак, између њих постоје огромне разлике: 1) судија је функционер постављен од државе, а арбитра именују сами социјални партнери или их поставља надлежни државни орган са листе састављене уз претходне консултације са њима; 2) у арбитражном већу увек су заступљени пред-

24 Агенција у медијима, доступно на адреси: <http://www.ramrrs.gov.rs/> (15. 02. 2017)

25 Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011 и 101/2013.

ставници и запослених и послодавца; 3) арбитражни поступак је неформалан. Арбитри (миритељи) воде рачуна, о свим елементима радног спора, нарочито о економским аргументима, правичности, а не само о правним прописима. Од арбитра се очекује да не нарушава најзначајније вредности процесног поступка, јавног поретка, као и основне вредности на којима почива арбитража. Принципи правичности, савесности и поштења оличени у *bona fide*, добри пословни обичаји и пословна пракса само су неки од темељних стубова арбитражног одлучивања.²⁶ У домаћој пракси решавања радних спорова, запослени и послодавци „не препознају“ арбитра као треће лице коме ће дати првенствен за коначно одлучивање о предмету спора, не само због „културне парадигме“, већ и због чињенице да је арбитражна одлука правоснажна и извршна, тј. није предвиђена жалба против одлуке арбитра.

IV Закључна разматрања

Арбитража све више добија на значају и у нормативном смислу и у погледу ефекта на индустријске односе. Њен изразит потенцијал је у очувању социјалног мира. Шире посматрано, алтернативно решавање радних спорова своју додатну вредност испољава кроз поступак који води проналажењу решења која су прихватљива и за запослене и за послодавца (WIN-WIN решење). Колики је значај измирења, компромисних решења, споразума и др., говори податак да у В. Британији постоји специјализована агенција, тзв. Сервис за мирeње, посредовање и арбитражу, који има веома важну улогу у измирењу и арбитражи. У појединим случајевима, неких 75% свих предмета који стигну до суда решава се или повлачи пре званичног судског саслушања.²⁷ Насупрот, у домаћој пракси значај арбитраже са аспекта учинка је недовољан. Алтернативно решавање радних спорова је далеко од искоришћавања свог пуног потенцијала (када су у питању и индивидуални и колективни радни спорови). Иако је још 2004. године усвојен Закон о мирном решавању радних спорова, допуњен 2009. године с циљем проширења надлежности агенције на већи број спорова из радних односа (отказ уговора о раду; уговарање и исплата минималне зараде; дискриминација и злостављање на раду; накнада трошкова за исхрану у току рада; накнада трошкова за долазак и одлазак са

26 У неким земљама понашање арбитра уређено је кодексима понашања (Грчка, САД). *Code of Practice; Dispute Procedures Including Procedures in Essential Services*, 1992.

27 Наведене одредбе се налазе у одељку 203(3), (3а), (3б) и (4) Employment Right Act, Malcolm Sargeant, *Employment Law*, Longman, Pearson Education, Harlow, England, 2003, 170-172.

рада; исплата јубиларне награде; исплата регреса за коришћење годишњег одмора), различити фактори и околности утицали су на то да овај институт остане недовољно видљив, препознатљив и афирмисан у нашој држави и након више од 10 година. Република Србија је доношењем законодавне регулативе на нивоу *lex specialis* о мирном решавању радних спорова, успоставила добру полазну основу за примену система алтернативног решавања радних спорова. Тиме су, донекле, задовољени међународни стандарди. Међутим, Закон о мирном решавању радних спорова и даље није у могућности да пружи свеобухватну примену и препознатљивост у систему позитивног права. Законско ограничавања спорова који се воде пред агенцијом, непостојање права на жалбу против арбитражног решења само су неки од разлога недовољне искоришћености потенцијала овог институционалног метода у решавању радних спорова. Непоштовања јединственог правног поретка и владавине права због чега није омогућена компатибилност законских прописа допринело је „невидљивости“ домашаја арбитражне одлуке као извршне исправе. Примера ради, потребно је усагласити Закон о мирном решавању радних спорова са Законом о извршењу и обезбеђењу.²⁸ Тиме би се повећала видљивост арбитражног решења с обзиром да, у смислу одредбе члана 41. Закона о извршењу и обезбеђењу, решење арбитра не представља извршну исправу. На тај начин би се омогућио несметан поступак извршења арбитражног решења. Из наведених разлога у пракси се често дешава да извршни судија не препознаје арбитражно решење као извршну исправу. Пожељно је увести одређени вид друштвене осуде или „санкције“ за стране које не приступе извршењу споразума или правоснажних арбитражних решења. Успостављање одређених механизма друштвене осуде или санкција за стране које не приступе извршењу споразума, допринео би минимизирању негативних ефеката мирења и поштовању постигнутих споразума. Иако је законодавним оквиром успостављен модел притиска на начин да Агенција располаже овлашћењима да јавно објави непоштовање споразума, ова могућност до сада није ниједном искоришћена. Корисна смерница може бити амерички модел у коме нпр. послодавац који није друштвено одговоран нема право учешћа на тендерима или право на добијање кредита.²⁹ На неопходност ревизије функционисања Републичке аген-

28 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗОИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016-аут. тумачење.

29 Преузето из: „Изазови и добробити мирног решавања радних спорова у Републици Србији“, доступно на адреси: idserbia.org/.../Izazovi-i-dobrobiti-mirnog-rešavanja-radnih-sporova-u-Republici-Sr... (19. 02. 2017).

ције за мирно решавање радних спорова указано је и у документу Мишљење Европског економског и социјалног комитета о улози цивилног друштва у односима ЕУ – Србија. Истраживање спроведено од стране социјалних партнера током 2014. године је утврдило да је потребно много више напора и заједничке сарадње свих социјалних партнера у циљу спровођења самог закона у пракси, али и његовог унапређења кроз измене и допуне самог закона, укључујући и разраду законских одредби усвајањем подзаконских аката. Република Србија није ратификовала све конвенције и препоруке којима би могла у складу са међународним стандардима да регулише радне спорове. У том домену, није ратификовала Конвенцију бр. 154 о колективном преговарању из 1949. године и Конвенцију бр. 151 о радним односима (јавне службе) из 1978. године. Важност ових конвенција је истакнута у Документу програма Достојанственог рада за Републику Србију 2013-2017. Република Србија и надлежни у ресорном министарству нису извршили, у довољној мери, промоцију ЗМРРС и Агенције за мирно решавање радних спорова, како би је учинила видљивом и препознатљивом, услед чега су запослени и послодавци (шира јавност) неинформисани о предностима арбитражног решавања спорова. Самим тим и немају поверење у алтернативни начин мирног решавања радних спорова. Као ограничавајући фактори за значајније учешће мирног решавања радних спорова наводе се: недовољна информисаност јавности, посебно запослених; релативно слаба „видљивост“ Агенције; неповерење у рад ових институција; организационо – технички и кадровски недостаци; незаокружена норматива; као и традиционално опредељење за решавање спорова судским путем.

У оквиру пројекта: „Социјални партнери заједно у подршци мирном решавању радних спорова“ и „Социјални партнери заједно за измене и допуне Закона о мирном решавању радних спорова,“ произашле су конкретне препоруке у документу под називом: „Изазови и добробити мирног решавања радних спорова у Републици Србији“. Овај документ јавне политике има за циљ подизање нивоа свести запослених и послодавца о предностима института за мирно решавање радних спорова. Посебан значај дат је улози социјалног дијалога, односно репрезентативних социјалних партнера у креирању и имплементацији политике мирног решавања радних спорова. Ка том циљу, нарочито је дат акценат анализи примене законодавног оквира и последицама које настају услед неадекватних и непрецизних законских одредби, укључујући и њихову усклађеност са постојећим међународним стандардима Међународне организације рада и Европске уније. Недостаци који су уочени у законодавном

оквиру у спроведеном истраживању – како до унапређеног законодавног оквира мирног решавања радних спорова, део су препорука за измену Закона о мирном решавању радних спорова. За потребе овог рада навешћемо само неке:³⁰

- Поступак арбитраже није довољно прецизан у ситуацијама тзв. арбитраже у одсуству, односно ситуације када су обе стране сагласне да мирним путем реше предметни радни спор, али током самог поступка су неактивне, не достављају доказе или се не одазивају позиву да учествују у главној расправи, самим тим не долази до оспоравања доказа. Решење које је донето је правоснажно и извршно на основу постојећих доказа, али је донето уз битне недостатке, јер је у колизији са основним правним начелом да се спор мора решити на основу по закону спроведеног доказног поступка;

- Неусклађеност закона са Законом о извршењу и обезбеђењу у коме није експлицитно наведено да решење арбитра представља извршну исправу. У пракси се врло често дешава да извршни судија не препознаје арбитражно решење као извршну исправу и неусклађеност ова два закона доводи до непримереног одуговлачења поступка извршења, будући да извршење решења арбитра постаје саставни део судског поступка;

- Процес извршења и поштовања постигнутих споразума и препорука прате сами учесници и законом није предвиђена обавеза Републичке агенције за мирно решавање радних спорова да прати процес извршења;

- Начин решавања индивидуалних спорова у поступку арбитраже и даље је дискутабилан и у супротности са Законом о парничном поступку. Решење арбитра је коначно и правоснажно и није обезбеђена двостепеност. Страна у поступку нема право на жалбу на решење арбитра, што је у супротности са Уставом Републике Србије у корпусу људских права и слобода;³¹

30 Препорука су део сажетог документа практичне политике „Изазови и добробити мирног решавања радних спорова у Републици Србији“ који је израђен у оквиру пројекта „Социјални партнери заједно за измене и допуне Закона о мирном решавању радних спорова у светлу измена радноправног законодавства“, финансиран од стране *Solidar Suisse/Swiss Labour Assistance* (SLA), који реализује *Initiative for Development and Cooperation* (IDC) у партнерству са Уједињеним гранским синдикатима „Независност“, Савез самосталних синдиката Србије и Уније послодаваца Србије.

31 Уставни суд је заузео становиште да допуштеност жалбе на арбитражна решења није у супротности са Уставом, будући да се одлучивање арбитра не може сматрати одлучивањем државног органа, нити организације која врши јавна овлашћења већ одлуком појединца кога

- Улога арбитра у споровима поводом злостављања на раду је од изузетне важности, будући да је реч о сложеним споровима који захтевају, између осталог, и препознавање специфичних индикатора који указују на мобинг, тако да законом предвиђени рок од 30 дана за решавање ових спорова је исувише кратак и ствара велике проблеме у пракси (предлог је рок од 60 дана);

- Поступак мирења се недовољно користи у улози превенције настанка радних спорова, ретко се дешава да је миритељ укључен у поступак колективног преговарања иако је законодавац препознао значај улоге миритеља у фази колективног преговарања;

- Потребно је увести медијацију као начин решавања индивидуалних радних спорова на начин да се уведе посредовање као процесна претпоставка арбитраже. На такав начин биће омогућено странама у спору да споразумно окончају поступак у складу са правном природом мирног решавања радних спорова и постизања тзв. WIN-WIN споразума. Такође, након овог корака, о предностима истог би требало детаљније информисати и запослене и послодавце и приступити системском решавању радних спорова пре покретања судског поступка, уз евентуално увођење обавезности покушаја мирног решавања радног спора пре утужења. Овакви поступци би требали бити бесплатни и брзи и у њима би требао да учествују стручни и непристрасни експерти из области радног права;

- Неопходно је прецизирати поступак арбитраже на начин да се предвиди примењивост Закона о парничном поступку. Наиме, увођењем опште одредбе да све што није регулисано Законом о мирном решавању радних спорова биће регулисано Законом о парничном поступку и тиме ће се решити процесне недоумице које настану у спровођењу арбитражног поступка;

- Поред тога, потребно је поступак арбитраже ближе уредити подзаконским актом, нпр. могуће је усвојити Упутство за рад арбитра и на такав начин олакшати њихов рад;

су стране у спору изабрале да спор реши на начелима добровољности, трипартизма и непристрасности (Решење Уставног суда ИУ-15-2005 од 28. 09. 2006). Међутим, уставним оквиром предвиђена је слобода законодавца да уреди систем у области радних односа. Законодавац је овлашћен да законом установи могућност мирног решавања колективних и индивидуалних радних спорова, да уреди правила тог поступка, и да у том оквиру пропише допуштеност права на жалбу.

- У колективним радним споровима у ситуацијама када мирење не успе или се прекине, треба увести арбитражну одлуку и на такав начин створити додатни притисак да се брже реши спор;

- Потребно је усагласити Закон о мирном решавању радних спорова са Законом о извршењу и обезбеђењу. На такав начин би се омогућио несметан поступак извршења решења арбитра и повећала би се видљивост арбитражних решења успостављањем клаузуле извршности;

- Пожељно је увести одређени вид друштвене осуде или „санкције“ за стране које не приступе извршењу споразума или правоснажних арбитражних решења. Успостављање одређених видова друштвене осуде или санкција за стране које не приступе извршењу споразума допринео би минимизирању негативних ефеката мирења и поштовању постигнутих споразума;

- Потребно је изменити закон тако што ће се омогућити право на жалбу на решење арбитра. С обзиром да арбитража представља један вид квази судског решавања спора у коме арбитар након спровођења доказног поступка доноси решење које обавезује обе стране у спору и да не постоји могућност правног лека, тачније жалба против решења није дозвољена, било би добро увести двостепеност, као гарант правне сигурности. Поступак по жалби одвијао би се пред трочланим Већем арбитра, одабраних споразумом страна у року од три дана, или решењем директора Агенције. Веће арбитра након спроведеног двостепеног поступка својом одлуком може: (а) првостепено решење потврдити, (б) вратити на поновни поступак, који би водио други арбитар, одабран у законској процедури, или (в) мериторно решити, ако има довољно доказа. На такав начин био би усвојен француски модел по коме ову функцију обављају арбитражно-апелациона већа.

- Предвидети обавезност Агенције да у року од 24 часа покрене поступак мирења по службеној дужности у споровима који настану у делатностима од општег интереса. Успостављањем законског рока за примену законске одредбе предвиђене чл. 18. Закона о мирном решавању радних спорова допринеће ефикаснијој и делотворнијој примени исте и оснажити улогу Агенције у решавању ових спорова. Предвидети рок од 60 дана за решавање спорова поводом злостављања на раду. Повећањем рока биће омогућено олакшано спровођење арбитражног;

- Оснажити улогу миритеља у процесу колективног преговарања. На такав начин биће омогућено доношење дугорочнијих споразума у циљу превенције настанка радних спорова и хармонизације односа између со-

цијалних партнера. Неопходно је додатно укључити стручну јавност о модалитетима оснаживања улоге миритеља у процесу колективног преговарања.

И у Извештају Европске комисије о напретку Србије за 2014. годину³² за поглавље 19. наглашена је потреба да се додатно јача Агенције за мирно решавање радних спорова. Усвајањем предложених препорука, заснованих на анализи примењивости и делотворности мирног решавања радних спорова у правном систему Републике Србије, биће унапређен законодавани оквир мирног решавања радних спорова; смањен број радних спорова пред судовима опште надлежности, укључујући и смањење дуготрајних и скупих судских поступака; биће омогућена већа видљивост свих предности које доноси примена алтернативних метода решавања радних спорова. Последишно, смањиће се потреба за издвајањем додатних финансијских средстава од стране државе, доћи ће до стварања позитивног амбијента за пословање и биће обезбеђена боља заштита у сфери рада и капитала, као и повећана социјална сигурност запослених и послодаваца.³³

Slobodanka KOVAČEVIĆ-PERIĆ, PhD
Associate Professor at the Faculty of Law, University of Priština
(with a temporary seat in Kosovska Mitrovica)

Vladimir BORANIJAŠEVIĆ, PhD
Associate Professor at the Faculty of Law, University of Priština
(with a temporary seat in Kosovska Mitrovica)

ARBITRATION OF LABOUR DISPUTES

Summary

Both employees and employers have the right to settle the disputes arising from employment (individual and collective) amicably. This paper analyzes arbitration as a method of resolving labour disputes. Legislation has established the protection of individual employment rights by consensual entrusting of a dispute to a third party – an arbitrator, and insured the protection of violated

32 Радни документ Европске Комисије, Република Србија, 2014, *Извештај о напретку*, стр. 61. Доступно на адреси: http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_o_na_pretku_14.pdf (19. 02. 2017).

33 Изазови и добробити мирног решавања радних спорова у Републици Србији, 6.

employment rights before the arbitration of labour disputes as an independent, autonomous, impartial body within The Republic Agency for Peaceful Settlement of Labour Disputes. The authors emphasize that arbitration (as well as other methods of amicable settlement of labor disputes) has gained in importance in recent decades, primarily due to the instruments used in the procedure before the arbitrators, namely: negotiation, compromise and agreements. In arbitral proceedings economical and social aspects are often at an advantage. The principles of fairness are above legislation. The procedure ends in a relatively short period of time.

Key words: *labour dispute, arbitration, the arbitrator, urgency procedure.*

Др Љубинка КОВАЧЕВИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Урош НОВАКОВИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

САГЛАСНОСТ ЗАКОНСКОГ ЗАСТУПНИКА ЗА ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА СА МАЛОЛЕТНИКОМ*

Резиме

Због психо-физичких својстава која утичу на могућност малолетника да правилно схватају догађаје, процењују сопствено понашање и усмеравају личне поступке, малолетницима није дозвољено да заснивају правне односе и располажу правима и обавезама у једнакој мери као и одрасли. Ово правило не вреди за област запошљавања, будући да лице које је навршило одређене године живота може да стекне својство запосленог. У радном праву се, наиме, утврђује минимални узраст за заснивање радног односа који је нижи од узраста одређеног за стицање пунолетства (према грађанском праву) и који представља општи услов за заснивање радног односа, уз обезбеђивање низа заштитних мера које треба да допринесу несметаном развоју и образовању малолетника.

*Концепт Породичног закона од 2005. године промовисао је извесна права детета која нису била позната у претходном Закону о браку и породичним односима. Поред права детета изричито предвиђених Породичним законом (право да зна ко су му родитељи, да живи са родитељима, да одржава личне односе са родитељем са којим не живи, право на образовање и др.) право на заснивање радног односа је још једно право које дете (старији малолетник) има. Будући да Породични закон не садржи одредбе о запошљавању малолетника, *lex specialis* у овој области је Закон о раду, који изричито захтева постојање сагласности родитеља или дру-*

* Рад је написан у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

гих законских заступника детета за заснивање уговора о раду. Ово решење је занимљиво за истраживање, између осталог и стога што је Закон о браку и породичним односима предвиђао да малолетник може засновати радни однос без сагласности родитеља. Такође, у многим другим правним системима, заснивање радног односа малолетника није условљено сагласношћу његовог законског заступника, јер се сматра да рад не може бити опасан и штетан за малолетника, ако он испуњава општи и посебне услове за заснивање радног односа и ако му је обезбеђена посебна радно-правна заштита (у смислу забране или ограничења ноћног и прековременог рада, здравствених прегледа, посебне заштите безбедности и здравља на раду и др.). Ово решење полази и од поставке да запошљавање малолетника треба уредити тако да што је могуће више одговара њиховим проблемима и потребама. Стога су у чланку размотрени кључни аспекти заснивања радног односа са малолетником у домаћем, међународном и страним правима. Посебна пажња у тој анализи посвећена је значају сагласности законског заступника за заснивање радног односа, као и питању (не)оправданости овог вида контролисаниог (ауторизованог) укључивања малолетника у тржиште рада.

Кључне речи: *посебна заштита малолетника; права детета; минимални узраст за заснивање радног односа; пословна способност; сагласност законског заступника.*

I Увод

Лица млађа од 18 година традиционално уживају посебну заштиту у свету рада. Она је, штавише, представљала и једно од првих питања која су била уређена у области радног права уопште, како на нивоу појединих држава, тако и на међународном нивоу. Ово стога што је радно право омогућило постепену „хуманизацију“ радних односа, створивши услове за више или мање делотворну заштиту физичког интегритета и достојанства радника, као и гаранције правичних услова рада, могућности да се на основу рада обезбеде средства за живот достојан човека и могућности за учешће радника у колективном животу (кроз синдикално организовање и учешће у управљању).¹ Исто вреди и за запошљавање малолетника, чије уређивање обележава намера државе да се дете, као зависно биће, заштити од експлоатације и свих облика радног ангажовања који штетно утичу на дете и његов развој, док, са друге стране, имамо намеру да се детету

1 Paul Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, tome I, Paris, 1947, 114.

призна правни капацитет - да са одређеним узрастом стекне одређено право и да заснивањем радног односа буде у прилици да привређује и делимично или потпуно доприноси сопственом издржавању.²

Двадесети век означава прекретницу у признању права детета, уз напуштање доташњих модела обесправљености и патријархалног модела заштите детета.³ Историјски преглед положаја деце показује низак степен заштите, те се (с правом) истиче да је историја заштите деце „ноћна мора из које смо тек почели да се будимо“.⁴ Прекретницу за признање права детета, познатих у савременом праву, означава пресуда из енглеске судске праксе у предмету *Gillick* против *West Norfolk and Wisbech АНА and Department of Health and Social Security*.⁵ Нема спора да након одлуке у овом случају, дете има своја права, која су независна од родитељских права.

У самом срцу посебне радноправне заштите малолетника налази се забрана дечијег рада и утврђивање минималног узраста за заснивање

-
- 2 Неминовна су извесна термиолошка размимиолажења између радног и породичног законодавства. Наиме, према Породичном закону (*Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015), дете има одређена права, а у правној теорији се (сасвим оправдано) наводи да је једно од права детета и право на заснивање радног односа. Како радно законодавство забрањује дечији рад, тј. рад лица млађег од одређеног узраста, желећи да избегнемо термин право детета на заснивање радног односа (иако дете има то право), у раду користимо термин право малолетника (који је и даље дете) на заснивање радног односа. Ово право малолетника (детета) посматрамо у односу на права детета, као делимично пословно способног субјекта (општа правила грађанског права), као и права детета из Породичног закона. Према чл. 1. Конвенције о правима детета (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97), дете је свако људско биће које није навршило 18 година живота.
 - 3 О правима деце вид. Марина Јањић-Комар, Мирјана Обретковић, *Права детета – права човека*, Београд, 1996, 51 и даље.
 - 4 Geraldine Van Bueren, *The international law on the rights of the child*, The Hague, 1998, 6.
 - 5 *Gillick v. West Norfolk and Wisbech АНА and Department of Health and Social Security*, (1986) 1 AC 112. Сажето речено, у пресуди је потврђено да доктор може да детету млађем од 16 година препише контрацептивна средства без знања и сагласности родитеља. Судска одлука, притом, одређује следећих пет услова: 1) да дете (девојка), иако нема 16 година, може да схвати савет лекара; 2) да лекар не може да убеди дете да се оно обрати родитељима или да лекар не може да обавести родитеља; 3) да постоји велика вероватноћа да ће дете ступити или наставити са сексуалним односима и без примене контрацептивних средстава; 4) да ће без добијања контрацептивних средстава или савета физичко и ментално здравље детета бити угрожено; 5) да најбољи интерес детета обавезује лекара да примени контрацептивна средства и без сагласности родитеља. Пресуда у овом предмету изазвала је екстензивне дебате и контроверзе у породичноправној теорији, вид. Michael Freeman, „Rethinking *Gillick*“, *International Journal of Children's Rights*, бр. 1-2/2005, 201.

радног односа на нивоу који је конзистентан са потребама физичког и менталног развоја човека. Циљеви заштите деце и младих радника у фабрикама, рудницима и другим радним срединама, у смислу забране дечијег рада и укидања најгоријих облика економске експлоатације младих остваривани су постепено и споро.⁶ И касније фазе развоја радног права обележило је стварање тзв. „норми диференцијације“ (рус. *нормы дифференциации*), будући да су законодавци обезбеђивали интензивну посебну заштиту омладине на раду,⁷ премда је то у пракси, неке чланове ове категорије радника у појединим државама доводило у неповољнији положај.⁸

Посебна заштита коју уживају одређене категорије радника се, притом, не може сматрати дискриминацијом, будући да је оправдавају важни објективни разлози. Када је реч о малолетницима, први и најбитнији разлог тиче се њихове вулнерабилности, која се везује за њихова психо-физичка својства. Реч је, наиме, о лицима која су још увек у развоју, због чега је њихово тело осетљивије на повећане напоре, док ризици који постоје на раду интензивније угрожавају њихов живот, здравље и

-
- 6 Bob Hepple, „Introduction“, *The making of labour law in Europe: A comparative study of nine countries up to 1945* (ed. Bob Hepple), London/New York, 1986, 11–12. Енглеска је била прва држава у којој је законом утврђен минимални узраст за заснивање радног односа, а њен пример следиле су Немачка (1837), Белгија (1840) и Француска (1841), премда је, сагласно овим прописима, доња старосна граница за заснивање радног односа била постављена изузетно ниско, примера ради, у Француској већ на осам година (Lammy Betten, *International labour law – Selected issues*, Deventer/Boston, 1993, 289). Када је, пак, реч о међународној заједници, минимални узраст за заснивање радног односа у индустрији прву пут је утврђен 1919. године, Конвенцијом Међународне организације рада број 5 (Minimum Age /Industry/ Convention).
- 7 Nikita Lyutov, „Russian law on discrimination in employment: Can it be compatible with international labour standards?“, *Russian Law Journal*, бр. 3/2016, 10.
- 8 То нарочито вреди за забрану рада лица млађих од 15 година, у циљу потпуног укидања дечијег рада, будући да је, у немалом броју држава, законско потврђивање ове забране учинило децу која раде - правно невидљивим лицима, тј. лицима чија могућност рада није призната и чији рад није уређен, чиме се отварају врата за бројне злоупотребе (Karin Calitz, „The failure of the Minimum Age Convention to eradicate child labour in developing countries, with particular reference to the Southern African development community“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, бр. 1/2013, 90). Такође, законска забрана дечијег рада или строги услови њиховог радног ангажовања могу утицати и на ангажовање деце за фактички рад (тзв. рад на црно), о чему сведочи и пример Индије, где је усвајање Закона о фабрикама (1948), којим је био забрањен рад деце у фабрикама, имало негативне последице по децу раднике, будући да је његово ступање на снагу иницирало радикалну реорганизацију производње и поверавање послова који су раније обављани у фабрикама мањим предузећима, која су била искључена из подручје примене Закона и која су, последично, смела да запошљавају децу. L. Betten, 289.

безбедност него што је то случај са одраслим радницима. На то се надовезују и незрелост малолетника и недостатак искуства који ове ризике чине још израженијим. Осим тога, њихова психо-физичка својства могу утицати и на могућност малолетника да правилно схвате догађаје, процењују своје понашање и усмеравају личне поступке. Радно право, отуд, настоји да заштити здравље, безбедност и физички и интелектуални развој малолетника, као и његову личност, али и интересе везане за избор занимања и запослења. Такође, постоји и потреба за обезбеђивањем њиховог најбољег могућег васпитања и образовања, у смислу отклањања ризика због којих би било угрожено уживање свих користи које образовање пружа младима. Коначно, постоји и потреба да се спречи економска експлоатација малолетника, будући да њихово запошљавање прати предрасуда да су „јефтинији⁹ и мање захтевни радници, које послодавац може лакше да контролише него њихове одрасле колеге“,¹⁰ због чега су послодавци неретко склони да злоупотребљавају своја (управљачка и дисциплинска) овлашћења, управо, у односу према малолетницима.

Малолетници уживају посебну заштиту и с обзиром на *природу послова и радних задатака који им могу бити поверени*, због чега могу да заснују радни однос само на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује да су способни за обављање послова за које се заснива радни однос и да такви послови нису штетни за њихово здравље. Посебна заштита малолетних лица зајемчена је и у погледу *трајања њиховог радног времена, и забране или ограничења ноћног и прекорременог рада*. Исто вреди и за *посебну заштиту безбедности и здравља малолетника на раду*, јер њихов рад прати већи ризик од повреда на раду и професионалних обољења у односу на одрасле раднике, а, због смањене пажње, већег замарања и недовољног познавања радног процеса, али и чињенице да су опрема, машине и дизајн радних места редовно прилагођени и конципирани према потребама одраслих радника.¹¹

Ипак, не сме се губити из вида *амбивалентност утицаја рада на развој малолетника*, будући да, поред штетних, рад може произвести низ благотворних последица. Он, наиме, може представљати значајан чини-

9 О томе, примера ради, сведочи податак да су у Великој Британији, у око 60% случајева, малолетници узраста од 16-17 година мање плаћени од минималне цене рада прописане за одрасле раднике. J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, Cambridge, 2009, 112.

10 United Nations General Assembly, Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, 18 June 2010, 22, 35-42.

11 Assefa Bekele, Jo Boyden, *Combating child labour*, Geneva, 1988, 3.

лац сазревања и образовања младих, као и важан инструмент за њихов лагодан прелазак из детињства у свет одраслих, будући да омогућава стицање драгоцених вештина и искустава на раду, као и боље могућности за проналажење и очување запослења у будућности. Стога се у центру наше анализе налазе меродавна правила међународног (Међународне организације рада, Савета Европе, Европске уније) и страних права, као и одредбе Закона о раду,¹² као закона који регулише право на рад малолетних особа, Породичног закона,¹³ као закона који потврђује права детета са одређеним узрастом и Закона о облигационим односима,¹⁴ као закона који регулише општа правила закључења уговора малолетних особа.

II Услови за заснивање радног односа са малолетником у домаћем праву

1. Минимални узраст за заснивање радног односа

Малолетницима је, дакле, омогућено да учествују у тржишту рада, које је, притом, ограничено *ratione personae* тако да у њему могу учествовати само лица која испуњавају *општи услов за заснивање радног односа*. Реч је, прецизније, о услову који је одређен апстрактно и који мора испунити свако лице које се запошљава на територији одређене државе, независно од врсте посла за који конкурише. Тај услов тиче се навршења одређених година живота, тј. година, које омогућавају стицање *опште радноправне способности*, као способности за заснивање радног односа на свим пословима и код свих послодаваца, с тим што се за одређене послове могу утврдити и посебни услови, укључујући и услове везане за узраст радника.¹⁵ Реч је, дакле, о узрасту у којем се може правоваљано засновати радни однос, иако је он нижи од узраста за стицање пунолетства, према правилима грађанског права. Ово стога што за питање заснивања радног односа нису меродавна правила грађанског и породичног права (која у важећем домаћем породичном законодавству не постоје), већ правила радног права којима се утврђује узраст у којем се сматра да лице поседује физичке и психичке способности потребне за обављање професионалне активности.¹⁶

12 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 и 13/17.

13 Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 и 6/15.

14 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03.

15 Предраг Јовановић, „Радноправна способност (стицање радноправне способности и њена заштита на раду)“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2016, 4.

16 Nikola Tintiћ, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Zagreb, 1969, 6.

Број година за које се претпоставља да доносе зрелост за рад по-степенно је померан навише – до узраста у којем се завршава обавезно образовање, а, најмање до навршених 15 година живота. Томе је пресудно допринела борба за укидање дечијег рада, али и признавање права на образовање, будући да је образовање од суштинског значаја за живот човека, као и за друштво у целини. То је и разлог што је у више међународних инструмената за заштиту људских права потврђен захтев да основно образовање треба да буде обавезно.¹⁷ Ови акти не одређују, међутим, појам основног образовања, нити значење захтева који се тиче његове обавезности, док је под окриљем Организације за образовање, науку и културу Уједињених нација афирмисан став да се обавезно образовање везује за први ниво формалног школског система, у којем деца започињу да се образују између пете и седме године живота и који, ни у ком случају, не сме трајати краће од четири године.¹⁸ Истовремено, савремено право обележава тенденција продужавања периода обавезног образовања и то на начин да траје најмање до навршења минималног узраста за заснивање радног односа,¹⁹ што сведочи о узајамном утицају ових двају захтева, у смислу да се минимални узраст за заснивање радног односа везује за узраст у којем се завршава обавезно образовање и, обратно, као један од критеријума за одређивање минималног трајања обавезног образовања појављује се навршење минималног узраста за заснивање радног односа.

2. Заштита од послова који штете здрављу, моралу и образовању малолетника

У праву Републике Србије, малолетницима је омогућено учешће у тржишту рада, будући да лице које је навршило 15 година живота има пословну способност за закључење уговора о раду.²⁰ Из тога произ-

17 Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71), чл. 13, ст. 2, тач. а); Конвенција о борби против дискриминације у области просвете, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/64, чл. 4, ст. а); Конвенција о правима детета, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97, чл. 28, ст. 1, тач. а).

18 Manisuli Ssenyonjo, *Economic, social and cultural rights in international law*, Oxford/Portland, 2009, 377.

19 Preliminary report of the Special Rapporteur on the right to education, Ms. Katarina Tomasevski, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1998/33, E/CN.4/1999/49, 13 January 1999, доступно на адреси: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/101/34/PDF/G9910134.pdf?OpenElement>, 15.4.2017, 16.

20 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 и 13/17, чл. 24. Законодавац, притом, не ограничава заснивање радног односа захтевом који се тиче обавезног

лази и његова способност за иницирање престанка радног односа, као и способност за предузимање свих правних радњи у вези са остваривањем права и преузимањем обавеза и одговорности из радног односа или у вези са радним односом, те способност за самостално управљање имовином коју је стекло радећи за послодавца. Малолетник, притом, може да заснује радни однос само на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује његова способност за обављање послова за које се заснива радни однос, као и то да одређени посао није штетан за његово здравље.²¹ Ово стога што радни однос са лицем млађим од 18 година живота може да се заснује, ако такав рад не угрожава његово здравље, али ни његов морал и образовање, односно ако такав рад није забрањен законом.²² Захтев који се тиче заштите морала малолетника, притом, ваља схватити на начин да није допуштено закључење уговора о раду на основу којег би се обављала делатност која штети моралу детета (нпр. рад у казину или кладионици). Могуће је и да родитељ дâ сагласност да дете обавља посао који би могао да штети моралу и образовању детета, али, тада не треба допустити заснивање радног односа. Тако, религијско опредељење родитеља које се манифестује у радном ангажовању детета на пословима који штете његовом моралу може условити потребу заштите детета.²³

Сви услови из Закона о раду говоре, дакле, против експлоатације дечијег рада, која постоји ако рад угрожава физички, ментални, емотив-

образовања, а који предвиђају међународни стандарди, што значи да би и лице узраста од 15 до 18 година могло да закључи уговор о раду, иако још увек похађа основну школу.

21 У том смислу је забрањено запошљавање малолетника на следећим пословима: 1) послови на којима се обавља нарочито тежак физички рад, рад под земљом, под водом или на великој висини; 2) послови који укључују излагање штетном зрачењу или средствима која су отровна, канцерогена или која проузрокују наследна обољења, као и ризик по здравље због хладноће, топлоте, буке или вибрације; 3) послови који би, на основу налаза надлежног здравственог органа, могли штетно и са повећаним ризиком да утичу на здравље и живот с обзиром на његове психофизичке способности. Значај овог аспекта заштите најбоље се може видети и у чињеници да се она, на одређени начин, протеже и на запослене између навршене 18. и 21. године живота. Они, наима, могу радити на некој од трију наведених категорија послова само на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује да такав рад није штетан за њихово здравље. Закон о раду, чл. 84-85.

22 Закон о раду, чл. 25, ст. 1.

23 Противно је интересима детета да оно, по налогу и уз сагласност родитеља, обавља посао тако што дистрибуира верски материјал на улици, као и да иде од куће до куће и рекламира такав садржај. Вид. Robert J. Bruno, „Child protection as a judicial burden on religion and the impact of religious liberty legislation“, *Cardozo Law Review*, бр. 2-3/1999, 683. Додатно, према међународним стандардима, обављање дечијег рада на улици подводи се под експлоатацију детета. Вид. G. Van Bueren, 264.

ни и образовни развој детета. Ако се утврди да рад не угрожава ове аспекте развоја детета, закључујемо да такав рад није експлоатишући и да, самим тим, не би требало да буде (додатних) препрека за заснивање радног односа. Законска стилизација предметног услова, притом, говори у прилог схватања да је потребно да не постоји опасност по образовање, морал и здравље детета, што значи да, у поступку давања дозволе, не треба доказивати позитиван ефекат рада, већ процењивати да рад нема штетан ефекат по дете. Следеће питање је да ли је могуће, услед испуњености свих услова из члана 25, став 1. Закона о раду, превазићи одбијање сагласности законског заступника детета који се противи запошљавању детета на послу који не угрожава његово здравље, морал и образовање? Ако се услови усклађености посла са образовањем, моралом и здрављем детета схвате као услови који се односе на добробит детета, речено породично-правном терминологијом – на заштиту најбољег интереса детета, како објаснити одбијање сагласности, ако су ови услови објективног карактера процењени од стране стручног лица (службе). Налазимо да је ово опште ограничење у интересу малолетника и да нема потребе, уколико се утврди да такав рад не угрожава здравље, образовање и морал малолетника, тражити додатно и сагласност законског заступника. Донекле се оправдање за овакво ограничење ступања малолетника у радни однос може наћи у томе да родитељ може, у име малолетника, проценити да ли је конкретан посао у његовом најбољем интересу и како би то утицало на живот и развој детета. Нешто налик процени опште и посебне подобности за заснивање усвојења, из домена породичног права.

3. Сагласност законског заступника за заснивање радног односа

а) Општа правила грађанског права и посебна правила радног права

У нашем праву, малолетници се деле на старије и млађе малолетнике. Малолетник до 14 година може самостално закључити послове малог значаја (свакодневне мање куповине у продавници, куповина карата за превоз, одлазак у биоскоп), послове којима не стиче ни права ни обавезе (дереликција) и правне послове којима прибавља искључиво права (поклон, зајам без камате). Старији малолетник, дете које је навршило 14. годину, може, поред послова које може закључити и млађи малолетник, обављати и све остале послове, али уз претходну или накнадну сагласност родитеља. Такође, потребна је претходна или накнадна сагласност

органа старатељства за располагање непокретном имовином и покретном имовином велике вредности детета које предузимају родитељи.

Како је уговор о раду посебна врста уговора, осврнућемо се на општа правила о уговорној способности особа које немају потпуну пословну способност. За пуноважност уговора потребно је да онај ко закључује уговор има пословну способност потребну за закључење тог уговора. Дете, као ограничено пословно способно лице, може без одобрења свог законског заступника закључивати само оне уговоре чије му је закључивање законом дозвољено. Ако законски заступник не да одобрење за закључење уговора, такав уговор је рушљив, али може бити оснажен накнадним пристанком законског заступника.²⁴ Према Закону о раду, закључивање уговора о раду (заснивање радног односа) није могуће без сагласности законског заступника детета. С тим у вези, намеће се питање, ако се закључи уговор о раду са малолетником без сагласности његовог законског заступника, да ли он касније може бити оснажен? Нема сумње да се од четири услова која су потребна за заснивање радног односа: старосна граница (навршених 15 година живота), добробит детета (заштита здравља, образовања и морала детета), захтев да се радни однос не заснива за обављање посла на којем еј законом забрањено запошљавање малолетника, и сагласност законског заступника детета - само последњи услов јавља као споран по питању могућности накнадног испуњења. Наиме, никако не би могао бити пуноважан уговор о раду закључен са дететом млађим од 15 година, нити уговор о раду који је противан образовању, моралу и здрављу детета.

Законска формулација приказаног правила не говори о томе да ли је потребно да законски заступник да сагласност као претходну (у истом тренутку када малолетник потписује уговор - без ње нема ни закљученог уговора) или је могуће да се сагласност да (и) накнадно (након што је малолетник потписао уговор).²⁵ Питање је да ли је могућа накнадна сагласност законског заступника, након што је већ закључен уговор о раду без његове сагласности. Даље, Закон о раду говори о неопходности давања писмене сагласности, што имплицира да је потребно давање претходне сагласности родитеља, тј. давање сагласности пре закључења уговора. Ако сагласности нема, онда ни уговор не настаје. С тим у вези, ваља имати у виду да одредбе Закона о облигационим односима које се односе на уговоре ограничено пословно способних лица (малолетника) подразумевају да постоје уговори за које је потребно одобрење законског заступника и угово-

24 Вид. Закон о облигационим односима, чл. 56.

25 Вид. Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2007, 180.

ри за које се не тражи одобрење законског заступника. Ако је реч о одобрењу, онда се јавља могућност да недостатак одобрења проузрокује непунважност уговора, не и немогућност његовог настанка, као и могућност опстанка уговора, ако се дâ накнадно одобрење законског заступника. Уколико се прихвати тумачење да је потребно одобрење законског заступника, онда такви уговори, услед недостатка одобрења, јесу рушљиви. Међутим, недостатак одговарајућих правила у Породичном закону и изричита одредба о сагласности родитеља у Закону о раду наводе на закључак да је за настанак уговора о раду (заснивање радног односа) потребна сагласност законског заступника детета. Закон о облигационим односима говори само о одобрењу, што је термин којим се обухвата и претходна сагласност (дозвола) и накнадна сагласност (одобрење).²⁶

б) Неусаглашеност интереса детета и родитеља – сагласност органа старатељства

Када је у питању сагласност органа старатељства, разликујемо два случаја: када орган старатељства даје сагласност услед непостојања сагласности родитеља и када орган старатељства даје сагласност услед одбијања сагласности родитеља. Критеријум је, дакле, (не)постојање сагласности родитеља.

Орган старатељства даје сагласност малолетнику за заснивање радног односа, ако родитељи нису живи, непознати су, лишени су родитељског права или неоправдано одбијају да дају сагласност. Посматрајући одредбе Закона о раду, ако родитељ, као законски заступник, не дâ сагласност за заснивање радног односа, радни однос није могуће засновати. Међутим, поставља се питање шта ако родитељ неоправдано ускраћује сагласност, а утврђено је да рад није противан моралу, образовању и здрављу детета. При решавању овог проблема осврнућемо се на правила породичног законодавства. У свим случајевима када постоји противност (најбољег) интереса детета и његових законских заступника (родитеља), детету се поставља колизијски старатељ, који ће заступати дете у том спорном односу.²⁷ У случају да се оспорава или утврђује материнство или

26 Марко Ђурђевић, „Уговор ограничено пословно способног малолетника“, *Правни живот*, бр. 10/1996, 484.

27 „Ако између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси, дете заступа колизијски старатељ. Дете које је навршило 10. годину живота и које је способно за расуђивање може само односно преко неког другог лица или установе затражити од органа старатељства да му постави колизијског старатеља. Дете које је навршило 10. годину живота и ко-

очинство детета, ако се дете и родитељ налазе у супротстављеним улогама, детету се поставља колизијски старатељ, алтернативно и ограничено, привремени заступник. Исто вреди и ако постоје супротни интереси између деце, која имају истог законског заступника (браћа и сестре), њима се поставља колизијски старатељ.

Наметање ограничења у погледу сагласности родитеља за заснивање радног односа малолетника може довести до тога да дете и родитељ имају супротне интересе. Идентично као и у другим случајевима, прихватљивим се чини решење, по коме би се детету поставио колизијски старатељ, који би донео одлуку о спорном питању. Ако се утврди да је рад у складу са законом и да не штети моралу, образовању и здрављу детета, колизијски старатељ би, наиме, могао, након испитивања свих околности случаја, донети одлуку којом би, уместо сагласности родитеља, дао сагласност за заснивање радног односа. Прихватање оваквог решења изискивало би промену законског решења, у смислу увођења правила да се недостатак сагласности родитеља може надоместити сагласношћу старатеља, ако родитељи одбијају да дају сагласност за заснивање радног односа са малолетником.

в) Сагласност родитеља који не врши родитељско право

Како је развод брака све чешћа појава у савременом породичном праву,²⁸ након престанка брака, један родитељ врши родитељско право, док други родитељ има право да одржава личне односе са дететом. Родитељ, који не врши родитељско право, има и право да одлучује о битним питањима, која утичу на живот детета: образовању детета, предузимању већих медицинских захвата, промени пребивалишта и располагању имовином велике вредности. Ако се заузме став да су битна питања наведена у Породичном закону *exempli causa* и да се допушта могућност да друга питања буду тумачена као битна,²⁹ то иде у прилог родитељу који не врши родитељско право, будући да би, у случају давања сагласности роди-

је је способно за расуђивање може само односно преко неког другог лица или установе затражити од суда да му постави привременог заступника због постојања супротних интереса између њега и његовог законског заступника“. Породични закон, чл. 265.

28 Готово нестварно звуче подаци да стопа развода бракова у Аустралији износи чак 46%, од чега је у 30% случајева присутно насиље у породици, Т. Brown, R. Alexander, *Child abuse and family law*, Crows Nest, 2007, 15; Craig Lind, Heather Keating, Jo Bridgeman, „Taking family responsibility or having it imposed?“, *Taking responsibility. Law and the changing family* (eds. Craig Lind, Heather Keating, Jo Bridgeman), Ashgate, 2011, 2.

29 Марија Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд, 2007, 262.

теља, који врши родитељско право, за заснивање радног односа са малолетником била потребна и сагласност другог родитеља, који не врши родитељско право.

Сагласност родитеља поводом битних питања, која утичу на живот детета, односи се на случајеве битних питања за која дете нема потребан узраст да самостално одлучи (15 година). Како је за заснивање радног односа потребно најмање 15 година, искључује се потреба за давањем сагласности родитеља у складу са стандардом битних питања из Породичног закона, али, ако се тражи сагласност од родитеља који врши родитељско право, а дете има потребан узраст, онда би, по аналогiji, за заснивање радног односа требало тражити сагласност оба родитеља. Ово посебно стога што заснивање радног односа са малолетником треба сматрати битним питањем, ни по чему мање важним од, примера ради, промене пребивалишта или образовања детета. Међутим, оваквим приступом се и послодавац и малолетник додатно стављају у неповољан положај, нарочито ако родитељ који не врши родитељско право неоправдано ускраћује сагласност. Природа тражене сагласности из Закона о раду, у случају развода родитеља, (додатно) може ићи на штету малолетника, будући да ће се у случају развода брака тражити сагласност и једног и другог родитеља. Тиме се посредно утиче на отежавање правног промета и намеру послодавца да заснује радни однос са малолетником.

III Право малолетника на заснивање радног односа у контексту осталих права детета из Породичног закона

Концепт Породичног закона од 2005. године промовисао је извесна права детета (право детета да одржава личне односе са другим родитељем, право да сазна своје порекло, *habitatio*) која нису била позната у претходном Закону о браку и породичним односима.³⁰ Поред права детета изричито предвиђених Породичним законом (право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи; право на потпун и правилан развој; право на образовање; право да предузима правне послове; право на слободно изражавање мишљења и др.),³¹ право на заснивање радног односа је још једно право које дете има. Будући да Породични закон не садржи одредбе заснивању радног односа са дететом, *lex specialis* у овој области је Закон о раду, који, видели смо, изричито захтева постојање сагласности родитеља

30 Закон о браку и породичним односима, *Службени гласник СРС*, бр. 22/80, 24/84 и 11/88, *Службени гласник СРЈ*, бр. 22/93, 25/93, 35/94 и 46/95, и *Службени гласник ДЗСЦГ*, бр. 29/01.

31 М. Драшкић, 229.

(законског заступника) детета за заснивање радног односа. Ово је занимљиво решење, ако имамо у виду да је претходни Закон о браку и породичним односима предвиђао да малолетник може засновати радни однос без сагласности родитеља.³² Тиме је уговор о раду ушао у круг уговора за које се захтева одобрење законског заступника, заједно са уговором о делу ради поравке ствари, уговором о купопродаји, уговором о закупу на краћи рок, давању ствари на послугу, уговором о осигурању.³³

Малолетник не може самостално да заснује уговор о раду, али може самостално, без сагласности или одобрења законског заступника, да располаже, својом зарадом, као и имовином стеченом из те зараде (може од зараде самостално да купи или прода непокретност или аутомобил).³⁴ Ограничење поводом самосталног располагања зарадом оствареном на основу рада у оквиру радног односа се јавља у погледу тога да дете које стиче зараду или има приходе од имовине – има и обавезу да делимично подмирује потребе, пре свега, свог издржавања, а, потом, и издржавања родитеља и малолетних браће и сестара. Ово решење се чини умесним, с обзиром на то да је право (и способност) детета да привређује и стиче зараду праћено његовом одговорношћу за сопствено издржавање, али и издржавање других чланова породице који немају довољно средстава или су болесни, односно неспособни за рад.

Није нам познато зашто српско позитивно (радно и породично) законодавство прихвата другачији приступ у односу на ранија законска решења, у смислу захтева за постојањем сагласности родитеља за заснивање радног односа. Тако је, примера ради, Основним законом о односима родитеља и деце (1947) било предвиђено да дете које је навршило 14 година може закључити уговор о раду и самостално располагати својом зарадом (чл. 11).³⁵ Слично, сагласно одредбама Закона о удруженом раду (1976), радни однос је могло да заснује лице које је навршило петнаест година живота и има општу здравствену способност (чл. 168, ст. 2). Са друге стране, важеће законско решење намеће троструко ограничење, у по-

32 Закон о браку и породичним односима, чл. 122, ст. 2.

33 Вид. М. Бурђевић, 481.

34 Према чл. 64, ст. 3 Породичног закона, дете које је навршило 15. годину живота може предузимати правне послове којима управља и располаже својом зарадом или имовином коју је стекло сопственим радом.

35 За правила некадашње СФРЈ и савезних република поводом стицања радне способности малолетника вид. Обрен Станковић, „Ограничена пословна способност и заступање малолетника од стране њихових родитеља у нашем праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 6/1982, 1224 и даље.

гледу узраста, сагласности родитеља и налаза надлежног здравственог органа. Ако се некако и може бранити подизање старосне границе на 15 година, с обзиром да је целокупан корпус права детета из Породичног закона везан за 15. годину живота, остаје нејасно зашто се тражи сагласност законског заступника за заснивање радног односа са малолетником. У правном промету, наметање додатног ограничења детету, али и одређеном послодавцу, не доприноси лакшем запошљавању малолетника. Ако је *ratio legis* оваквог ограничења способности малолетника да самостално заснује радни однос у додатној, посебној, конкретној заштити малолетника од експлоатације, у савременим условима сурове тржишне такмице, онда такво решење треба поздравити.³⁶

IV Меродавни извори права међународног порекла

Конвенција о правима детета,³⁷ међународни акт који најшире регулише и нејпотпуније штити права детета,³⁸ не предвиђа изричито право детета да заснује радни однос, али то чини посредно, говорећи о заштити детета приликом заснивања радног односа. Уговорнице Конвенције признају, наиме, право детета да буде заштићено од економског искоришћавања и од обављања било ког посла који би могао да буде опасан или би ометао школовање детета или би био штетан по здравље детета или за физички, ментални, духовни, морални или друштвени развој детета.³⁹ Државе имају оба-

36 С тим у вези, интересантно је уочити да је, под окриљем Међународне организације рада, тридесетих година прошлог века, општи стандард о минималном узрасту за заснивање радног односа подигнут са 14 на 15 година, с тим што разлози за то нису били везани само за хуманизацију услова рада. Поред тога, потреба за утврђивањем више старосне границе везивана је и за потребу да се, чак и на овај начин, допринесе борби против незапослености и смањењу броја незапослених лица који је, после велике економске кризе, био драматично висок. Вид. N. Valticos, *International Labour Law*, Deventer, 1979, 183. Та поставка је и изричито потврђена у једном правнонеобавезујућем акту (*Unemployment /Young Persons/ Recommendation*, 1935 /No. 45/, ст. 1), за чијим је усвајањем уследило и усвајање новела трију конвенција о минималном узрасту за заснивање радног односа са поморцима, као и у индустрији и ваниндустријском сектору. Вид. *Minimum Age (Sea) Convention (Revised)*, 1936 (No. 58), чл. 2; *Minimum Age (Industry) Convention (Revised)*, 1937 (No. 59), чл. 2; *Minimum Age (Non-Industrial Employment) Convention (Revised)*, 1937 (No. 60), чл. 2.

37 Србија је једна од 196 држава које су ратификовале Конвенцију о правима детета. Иако су 16. фебруара 1995. године потписале, САД су једина држава чланица Уједињених нација која још увек није ратификовала ову конвенцију.

38 Н. Граховац, „Обавезност Конвенције УН о правима детета“, *Права детета и равноправност полова – између нормативног и стварног*, Источно Сарајево, 2012, 11.

39 Конвенција о правима детета, чл. 32.

везу да предузму правне, административне, друштвене и образовне мере како би прописале, пре свега, минималну старосну границу - границу за запошљавање и одговарајуће регулисање времена и услова запошљавања.⁴⁰

Најзначајнији међународни стандарди од значаја за запошљавање малолетника усвојени су под окриљем *Међународне организације рада*, чија је нормативна делатност, од оснивања Организације 1919. године, посвећена уређивању рада малолетника.⁴¹ Стога је под окриљем ове специјализоване агенције Уједињених нација усвојен већи број стандарда о запошљавању младих у појединим гранама и делатностима. Они су, уз одређене измене, кодификовани у Конвенцији број 138 о минималном узрасту за заснивање радног односа (1973), а, у циљу постепене замене постојећих партикуларних правила општим правилом о минималном узрасту за запошљавање не би ли се постигло потпуно укидање дечијег рада.⁴² Ратификацијом ове конвенције, државе, наиме, преузимају обавезу постепеног подизања минималног узраста за заснивање радног односа, који не сме бити нижи од минималног узраста за стицање обавезног образовања, а, у сва-

40 О начину инкорпорације одредаба Конвенције о правима детета у националне правне системе вид. Laura Lundy, Ursula Kilkelly, Bronagh Bryne, „Incorporation of the United Nations Convention on the Rights of the Child in law: a comparative review“, *International Journal of Children's Rights*, бр. 3/2013, 442-463.

41 Одређене иницијативе за међународно уређивање дечијег рада постојале су, штавише, и пре формирања Међународне организације рада, као реакција на експлоатацију деце у предузећима основаним по разбуктавању индустријске револуције. У том смислу, нарочито ваља поменути иницијативе појединаца, попут Овена (*Robert Owen*), Бланкија (*Jérôme-Adolphe Blanqui*) и Маркса (*Karl Heinrich Marx*), као и иницијативу Владе Швајцарске од осамдесетих година XIX века. За њима је уследила прва међународна конференција одржана у Берлину, 1890. године, на којој су се представници 14 европских држава договорили о забрани рада деце млађе од 14 година у рудницима, док је као минимални узраст за рад у индустријским предузећима одређено 12 година живота. На истој конференцији основано је Међународно удружење за радно законодавство, под чијим је окриљем био утврђен Нацрт конвенције о раду жена и омладине (1904), по коме је 14 година било одређено као минимални узраст за заснивање радног односа. После Првог светског рата, ове активности добише своју потврду под окриљем Међународне организације рада, у чијем је Уставу потврђено да ће укидање дечијег рада и ограничавање рада омладине омогућити овим лицима наставак образовања и одговарајући физички развој. Више о легислативној историји универзалних међународних радних стандарда о раду малолетника вид. Боривоје Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001, 423 и даље; K. G. Lieten, „The ILO setting the terms in the child labour debate“, *ILO histories: essays on the International Labour Organization and its impact on the world during the twentieth century*, Bern, 2010, 443-460.

42 Вид. Carolyn Hamilton, Bob Watt, „The employment of children“, *Child and Family Law Quarterly*, бр. 2/2004, 138.

ком случају, не нижи од 15 година живота, односно од 14 година живота за државе у развоју, које су, у случају увођења овог изузетног решења, дужне да консултују синдикате и удружења послодаваца.⁴³

Поред општег правила, Конвенција садржи и сет посебних правила, у погледу послова за које се захтева виши или нижи старосни праг за заснивање радног односа. Тако је за рад на пословима чији су природа или околности у којима се обављају такви да би могли да угрозе здравље, безбедност и морал малолетника - потребно да запослени наврши 18 година живота, с тим да се изузетно, на таквим пословима, могу запошљавати и лица старија од 16 година, ако су им обезбеђени потпуна заштита, примерена упутства и професионална обука.⁴⁴ Са друге стране, државе уговорнице могу дозволити рад лица млађих од прописаног стандарда, ако је то неопходно за њихово образовање и обуку, као и ако је реч о лаким пословима који нису штетни за дете, или, пак, о пословима у области уметности. Конвенција садржи и клаузуле флексибилности, које државама омогућавају да из њеног подручја примене искључе одређене категорије послова у погледу којих би примена одредаба Конвенције била скопчана са посебним и суштинским проблемима. Исто вреди и за рад који деца обављају у школама општег, стручног или техничког образовања, док деца узраста од 13-15 година могу обављати лаке послове, тј. послове који нису штетни за њихово здравље, развој и похађање школе. Одређени изузеци могу бити уведени у погледу појединих сектора привреде, укључујући пољопривреду, у смислу рада у породичним и малим предузећима, која стварају производ за локалну употребу и која редовно не запошљавају друге раднике.⁴⁵

43 Конвенција Међународне организације рада број 138 о минималним годинама за запошљавање, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 14/82, чл. 2, ст. 3-4. Примена приказаног правила појављује се као проблем у државама у којима није прецизно утврђен узраст у којем се окончава обавезно образовање, као што је то био случај у Шпанији. Мераодавни закон ове државе (Закон број 8/1985, од 3. јула 1985. године) није утврђивао предметни податак, док је Влада обавестила Међународну организацију рада да у пракси, 80% деце млађе од 14 година и 90% деце млађе од 15 година похађа школе, у којима се пружа обавезно образовање (Note by the Secretary General to the UN Commission on Human Rights, E/CN.4/ Sub. 2/AC.2/1988/5/Add.2, 9). Убрзо након тога уследила је и реформа шпанског законодавства којом је ова примедба отклоњена, али је остала друга примедба везана за допуштеност рада деце млађе од 15 година ван радног односа (рад samozапослених лица). Нав. према: „Protection of children and young persons in international labour law“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1992, 89.

44 Конвенција број 138, чл. 3.

45 Под окриљем Међународне организације рада усвојена је и Конвенција број 182 о најгорим облицима дечијег рада (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/03), која захтева од др-

Приказани универзални међународни радни стандарди инспирисали су и европске стандарде у овој области, те и они забрањују запошљавање лица млађих од 15 година, али не на апсолутан начин. Уместо тога, допуштају се изузеци у погледу лаких послова (енгл. *light work*, фр. *travail léger*), код којих не постоји опасност да би могли угрозити здравље, морал и образовање лица млађих од 15 година. Ове изузетке допуштају стандарди Савета Европе,⁴⁶ као и извори права Европске уније, пре свега, имајући у виду *едукативну и друге вредности рада*, због којих се апсолутна забрана рада лица млађих од 15 година чини немогућом, па и непожељном. Тако је у јуриспруденцији Европског комитета за социјална права афирмисан став да забрана рада лица млађих од 15 година може бити дерогирана само ако је каталог допуштених послова строго ограничен, ако су ти послови стварно лагани и ако не угрожавају морал, здравље или образовање одређеног лица.⁴⁷ С тим у вези, ваља уочити да се стандарди Савета Европе разликују од стандарда Међународне организације рада по томе што деца чији су послодавци њихови сродници нису искључена из заштитног законодавства,⁴⁸ док је у пракси Европског комитета за социјална права потврђено да рад у домаћинству, сам по себи, не представља „лаке послове“.⁴⁹

жава хитно предузимање делотворних мера, како би се обезбедила забрана и укидање најгорих облика рада лица млађих од 15 година, укључујући њихов ропски рад, проституцију и продају дроге и друге незаконите активности. Ратификацијом ове конвенције, државе преузимају облигацију средства, која, међутим, мора бити испуњена предузимањем конкретних краткорочних (законодавне мере) и дугорочних мера (мере социјалних служби и сл.). Loïc Picard, „L'élimination des pires formes de travail des enfants: un point de passage vers l'abolition effective du travail des enfants”, *Bulletin de droit compare du travail et de la sécurité sociale*, 2000, 122.

46 Ревидирана европска социјална повеља, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 42/09, чл. 7, ст. 1.

47 Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2e édition, Strasbourg, 2002, 187.

48 *Protection of children and young persons in international labour law*, 85.

49 С тим у вези, ваља имати у виду да се у неким државама, за обављање кућних послова, редовно, чак, и традиционално, ангажују малолетници, као јефтинији и мање захтевни радници. Ово тим пре што се у појединим друштвима, плаћени рад малолетника у домаћинству сматра друштвено и културно прихватљивим, па и пожељним, због уверења да се, у овом случају, ради у породичном окружењу и заштићеној радној средини. У тим срединама, послодавци за обављање послова у домаћинству неретко ангажују децу својих сиромашнијих или мање образованих сродника или породичних пријатеља, уз обавезу да се о њима старају и, у најбољем случају, побрину за њихово образовање. Осим тога, у многим друштвима се рад девојчица у домаћинству сматра својеврсном обуком за будући брачни и породични живот, што додатно доприноси неразумевању рада у домаћинству као економске активности и облика (забрањеног) дечијег рада.

Рад малолетника уређен је и под окриљем *Европске уније*, где се, такође, прави разлика између услова за заснивање радног односа према природи послова и околностима у којима се они обављају, с тим што се, у тим оквирима, прави разлика између неколико „стадијума“ детињства. Државе чланице су, тако, дужне да забране дечији рад и да обезбеде да минимални узраст за заснивање радног односа не буде нижи од узраста у којем се завршава обавезно образовање утврђено националним законодавством, а, у сваком случају не нижи од 15 година живота.⁵⁰ Ипак, секундарно законодавство допушта дерогацију забране дечијег рада у специјалним случајевима и под посебним условима, осим ако би дерогација била штетна за редовно похађање школе или би спречавала дете да оствари све користи образовања.⁵¹

Ниједан од меродавних извора међународног и европског права, притом, не захтева постојање сагласности законског заступника за заснивање радног односа са малолетником. Једини изузетак представљају извори права Европске уније, који предвиђају један *вид ауторизованог запошљавања малолетника*, али се ни тада не ради о заснивању радног односа уз сагласност законског заступника, већ уз сагласност инспекције рада, министарства надлежног за послове рада или другог надлежног др-

Вид. Deborah Levinson, Jasper Hoek, David Lam, Suzanne Dureya, „Intermittent child employment and its implications for estimates of child labour“, *International Labour Review*, бр. 3-4, 2007, 220. Посебан ризик представља и то што се рад у домаћинству послодавца изузима из подручја примене радног законодавства одређених држава, а на основу клаузуле флексибилности, и из подручја примене Конвенције Међународне организације рада број 138. Стога је одредбама Конвенције број 189 о пристојном раду запослених у домаћинству утврђено да минимални узраст за заснивање радног односа у домаћинству послодавца не може бити нижи од општег услова за заснивање радног односа (Convention No. 189 concerning Decent Work for Domestic Workers, члан 4), док су у пратећој препоруци државе позване да идентификују опасне послове у домаћинству и забране запошљавање малолетника за њихово обављање (Recommendation No. 201 concerning Decent Work for Domestic Workers, тачка 5).

50 С. Hamilton, B. Watt, 140. Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, *Official Journal L* 216, 20.8.1994, 12–20, у даљем тексту: Директива Савета 94/33/ЕЗ, чл. 1, ст. 1.

51 Државе чланице Европске уније могу одлучити да се забрана дечијег рада не односи на рад деце у културним и сличним активностима. Исто вреди и за рад деце старије од 14 година у оквиру схема у којима се комбинују рад и обука ученика или обезбеђује стицање радног искуства у фабрикама. Осим тога, деца старија од 14 година могу обављати лаке послове не само у култури, већ и у другим областима, док деца старија од 13 година имају право да обављају остале лаке послове током одређеног броја сати у недељи, под условом да су националним законодавствима одређени такви послови и услови у којима се обављају. Директива Савета 94/33/ЕЗ, чл. 4.

жавног органа или тела.⁵² Реч је, прецизније, о правилу да је запошљавање деце у култури, уметности, спорту и рекламној делатности условљено претходним овлашћењем надлежног државног органа или тела.⁵³ Надлежни субјект, притом, издаје овлашћење у сваком индивидуалном случају, с тим што предметни захтев не значи да је претходно овлашћење за запошљавање сваког појединог детета потребно и у случају када је у одређену активност укључено више деце.⁵⁴ Коначно, државе у којима је установљен посебан систем ауторизације за запошљавање малолетника у агенцијама за моделе и манекене имају право да задрже тај систем.⁵⁵

V Правни режим заснивања радног односа са малолетником у страним правима

У страним правима не постоји општеприхваћено решење у погледу услова за заснивање радног односа са малолетником. Уместо тога, могуће је уочити две групе држава.

Прву, већинску, групу чине државе у којима заснивање радног односа са малолетником није условљено сагласношћу њихових законских заступника, већ само захтевом да посао није штетан по здравље, морал и образовање малолетника. Овакав приступ запошљавању малолетника у фокус ставља потребе и способности малолетних радника, за разлику од приступа примењеног у другој групи држава. У неким државама, у којима за закључење уговора о раду није потребна сагласност законског заступника није искључен ни сваки утицај законског заступника на радни однос детета илиштићеника. Тако, примера ради, у словачком праву, лице које је навршило 15 година живота може да закључи ваљани уговор о

52 Слично правило предвиђале су и конвенције Међународне организације рада које су данас ван снаге. Тако је Конвенцијом број 5 било забрањено запошљавање деце млађе од 14 година у индустријским предузећима, с тим што је дерогација ове забране била допуштена у погледу рада у породичним предузећима (тј. предузећима у којима су сви радници чланови исте породице), као и у погледу рада у техничким школама, ако је за то постојало овлашћење и надзор надлежног државног органа или тела (Minimum Age /Industry/ Convention, 1919 /No. 5/, чл. 2-3). Исто опште правило и допуштени изузеци били су потврђени и у Конвенцији о минималном узрасту за заснивање радног односа са поморцима (Minimum Age /Sea/ Convention, 1920 /No. 7/), с тим што је посебном конвенцијом уведен виши стандард за заснивање радног односа на пословима складиштара и ложача на бродовима, за које се захтева навршених 18 година живота (Minimum Age /Trimmers and Stokers/ Convention, 1921 /No. 15/, чл. 2).

53 Директива Савета 94/33/ЕЗ, чл. 5, ст. 1.

54 Roger Blanpain, *European labour law*, 13th ed., The Hage/London/New York, 2012, 534.

55 Директива Савета 94/33/ЕЗ, чл. 5, ст. 4.

раду, без сагласности законског заступника, али је послодавац дужан да обавести законског заступника о заснивању радног односа са малолетником.⁵⁶ Ипак, то представља значајну разлику у односу на случај када је сагласност законског заступника услов за закључење уговора о раду.

Решење о посебној пуној способности малолетника за заснивање радног односа почива, наиме, на идеји да лични рад који се обавља за другог не може бити опасан и штетан за малолетника, ако он испуњава општи и посебне услове за заснивање радног односа и ако му је обезбеђена посебна заштита (у погледу забране или ограничења ноћног и прековременог рада, ограниченог радног времена, заштите безбедности и здравља на раду и др.).⁵⁷ Полази се, дакле, од идеје да је лице које испуњава све услове за заснивање радног односа објективно и субјективно способно да заснује радни однос, због чега може да својом вољом ступи у радни однос, иако нема општу пословну способност.⁵⁸ Ово тим пре што постоје и други додатни механизми, који могу заштитити малолетника од пренагљених и непромишљених одлука, почевши од обавезне писане форме уговора о раду, преко права малолетника да у сваком тренутку и из било ког разлога иницира престанак радног односа, до низа когентних радноправних норми, којима се уређују права, обавезе и одговорности из радног односа.

Такође, може се закључити и да је овај приступ концентрисан око потреба малолетника (енгл. *child-centered approach*) и начела најбољег интереса детета, као кључног начела Конвенције о правима детета.⁵⁹ То, даље, значи да се само рад који доприноси (физичкој и психо-социјалној) добробити малолетника може сматрати радом који је у његовом најбољем интересу,⁶⁰ због чега ваља имати у виду да рад може допринети, али и штетити развоју малолетника. Тиме се одступа од идеје да је рад малолетника скопчан са ризиком отежаног образовања и нарушавања њиховог развоја, односно идеје да су малолетни радници само учесници у тржишту рада одраслих и потенцијалне жртве економске експлоатације и других злоупотреба, због чега њихови законски заступници морају имати

56 Лице млађе од 15 година не може да закључи уговор о раду, осим за обављање лаких послова, али само ако за то постоји одобрење надлежног здравственог органа и дозвола инспектора рада. Н. Barancová, А. Olšovská, *Slovak Republic: ELL – Suppl.* 414 (2014), The Hague, 2014, 96.

57 N. Tintić, 9-10.

58 Исто, 12.

59 Предговор студији William Myers, Jo Boyden, *Child labour: Promoting the best interests of working children*, second edition, London, 1998, 5.

60 William Myers, Jo Boyden, *Child labour: Promoting the best interests of working children*, second edition, London, 1998, 7.

превасходство приликом одлучивања о томе шта треба чинити у погледу малолетника.⁶¹ Ово тим пре што традиционалне мере заштите малолетника, попут утврђивања минималног узраста за заснивање радног односа, посебних овлашћења инспекције рада у погледу запошљавања малолетника, забране запошљавања малолетника уз посредовање приватних агенција за запошљавање, издавања посебних дозвола за рад малолетника и сл. у пракси, малолетницима нису омогућиле уживање жељених користи, пре свега када је реч о несметаном образовању.⁶² Супротан приступ односу између малолетника и рада превасходно значи да, приликом уређивања запошљавања малолетника, треба поћи од тога како они доживљавају рад и шта им је потребно да се развијају и напредују, уз пуно поштовање њиховог мишљења, могућности, индивидуалности, и права да обликују свој живот како желе.⁶³ То, коначно, значи да одлука о раду малолетника мора бити заснована, пре свега, на одлуци малолетника. С тим у вези, не треба сметнути с ума да се разматрања малолетника узимају у обзир и у случају надзираног запошљавања. Без тога, наравно, не би било ни слободе рада и, последично, ни радног односа, али се овде мисли на потребу да малолетник одлучује о томе да ли ће се запослити на послу који није штетан за његово здравље, морал или образовање или не.

Када је, пак, реч о *правним системима у којима је заснивање радног односа условљено сагласношћу законског заступника малолетника* (нпр. Белгија,⁶⁴ Мађарска, Немачка,⁶⁵ Пољска,⁶⁶ Румунија,⁶⁷ Русија,⁶⁸ Хр-

61 Исто, 6.

62 Исто. Забрана посредовања приватних агенција у запошљавању малолетника постоји, примера ради, у домаћем праву (Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, *Службени гласник РС*, бр. 36/09, 88/10 и 38/15, чл. 20, ст. 2), док су радне дозволе уведене у праву Грчке. У потоњој држави, лица млађа од 18 година морају имати потврду здравственог органа о способности за рад, потврду о завршеној професионалној обуци коју спроводи Организација за запошљавање, те дозволу за запошљавање која се издаје за обављање одређеног посла или рад у одређеном сектору. У изузетним случајевима, лица млађа од 15 година могу бити ангажована за обављање послова у области културе, уметности, спорта и рекламне делатности, али само ако им је за то издата дозвола инспекције рада. *Viktorija Sp. Douka, Vasileios Th. Koniaris, Greece: ELL – Suppl. 423 (2015), The Hague, 2015, 227.*

63 W. Myers, J. Boyden, 7.

64 Према прописима ове државе, малолетник може да закључи уговор о раду само ако за то постоји изричита или прећугна сагласност оца, мајке или старатеља. У случају да ова лица ускрате сагласност, суд може да да малолетнику одобрење за заснивање радног односа, али на захтев другог члана породице малолетника или јавног тужиоца. У овом случају, родитељ или старатељ који је ускратио сагласност има право да изнесе своје разлоге пред судом, пре доношења одлуке којом суд одобрава запошљавање малолетника. Са друге стране, малолетник коме је по-

ватска, Шведска),⁶⁹ уређивање запошљавања малолетника почива на поставци о њиховој способности да својом вољом предузимају правне радње којима се изазива заснивање или престанак радног односа, с тим што они то не могу чинити самостално и непосредно, већ само уз сагласност, Тинтић би рекао, асистенцију или помоћ законског заступника.⁷⁰

Условљеност заснивања радног односа претходним пристанком (сагласношћу) законског заступника, притом, *не утиче на добровољност радног односа*, већ је искључена свака могућност да уговор о раду буде закључен без воље малолетника или против његове воље, вољом његовог заступника. Иако воља малолетника није за то довољна, јер му је потреб-

слодавац дао отказ не може да буде процесна страна у споровима поводом његовог радног односа, већ га у поступку мора заступати родитељ или старатељ. R. Blanpain, 152-153.

- 65 У Немачкој, сва лица млађа од 18 година морају имати дозволу родитеља за закључење уговора о раду, а, од тренутка добијања ове дозволе постају правно одговорна за сва питања која се тичу њиховог радног односа. Manfred Weiss, Marlene Schmidt, *Germany: ELL – Suppl. 366 (July 2010)*, The Hague, 2010, 72.
- 66 У Мађарској, уговор о раду може да закључи лице старије од 16 година. Лица млађа од овог узраста могу да се запосле само у изузетним случајевима и тада им је потребна сагласност њиховог правног заступника, вид. J. Hajdú, 219. Исто вреди и за Пољску, где важи исти општи услов за заснивање радног односа, с тим што лица узраста од 16-18 година морају завршити стручну обуку. Лица млађа од 16 година могу се запослити само у установама које се баве уметношћу, културом, спортом и рекламном делатношћу, али под условом да за то имају сагласност законског заступника и дозволу инспекције рада. Zbigniew Hajn, Leszek Mitrus, *Poland: ELL – Suppl. 437*, The Hague, 2016, 61.
- 67 Навршених 16 година представља општи услов за заснивање радног односа у Румунији. Лица која испуњавају овај услов могу закључити уговор о раду без сагласности законског заступника, док је сагласност родитеља услов за закључење уговора о раду лица узраста између 15 и 16 година. Raluca Dimitriu, *Romania: ELL – Suppl. 436*, The Hague, 2016, 63.
- 68 У Русији се уговор о раду може закључити са лицем које је навршило 15 година живота, али овај уговор може да закључи и ученик који је навршио 14 година, ако за то постоји сагласност једног од родитеља, као и органа старатељства, под условом да се радни однос заснива за обављање лаког посла који неће штетити здрављу малолетника нити његовом образовању. Штавише, Законик о раду допушта и закључење уговора о раду са лицем млађим од 14 година у области уметности и културе, такође уз сагласност једног од родитеља и органа старатељства и под условом да овај рад не штети здрављу и моралном развоју детета (чл. 63). Нав. према Zhanna Anatolyevna Gorbacheva, *Russia: ELL – Suppl. 400*, The Hague, 2013, 87.
- 69 У Шведској је за закључење уговора о раду нужна сагласност родитеља или старатеља, а особеност представља то што малолетник који је навршио 16 година и који је већ једном засновао радни однос са сагласношћу родитеља, има право да, на основу те (исте) сагласности, закључи нови уговор о раду за обављање посла сличне природе. Axel Adlercreutz, Birgitta Nyström, *Sweden: ELL – Suppl. 422*, The Hague, 2015, 82.
- 70 N. Tintić, 10.

на сагласност законског заступника, малолетник може закључити уговор само ако то жели, баш као што против своје воље не може ни остати у радном односу. Исто вреди и за још један битан елемент радног односа, а, то је лично обављање послова, будући да условљеност заснивања радног односа сагласношћу законског заступника ни у ком случају не значи могућност да престацију рада изврши заступник запосленог, чак ни ради замене запосленог који је привремено неспособан за рад.

Малолетници имају, дакле, делимичну (ограничену) пословну способност за закључење, измену и отказ уговора о раду, с тим што је у неким државама, њихово запошљавање условљено *изричитом или имплицитном* сагласношћу његових родитеља или других законских заступника.⁷¹ У том смислу се може закључити да се радноправна правила о заснивању радног односа са малолетником утврђују превасходно у циљу заштите интереса који се тичу личне заштите малолетника, а, не у циљу заштите сигурности правног промета или имовинских интереса малолетника, премда и они могу бити угрожени, због незрелости и неискуства ових лица.⁷² Законски заступник малолетног лица, притом, може, у сваком тренутку, да повуче своју сагласност, односно да поднесе послодавцу

71 *Les réponses politiques et législatives modernes au travail des enfants*, Genève, 2007, 17. Више о схватању пословне способности малолетника у нашем праву вид. О. Станковић, 1215-1233; Radosav Momčilović, „L'insaturation et la cessation de rapport de travail de l'ouvrier mineur“, *Yugoslav Law / Droit yougoslave*, бр. 1-2/1995, 23-36; Дејан Ђурђевић, „Неутрални правни послови“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2010, 77-107; Ненад Тешић, „О правно-пословном осамостаљивању физичких лица“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (ур. Вук Радовић), Београд, 2013, 404-437.

72 Страна права се, притом, разликују према степену захтеване сагласности родитеља, што посебно вреди за запошљавање малолетника у породичним предузећима, у којима раде само чланови породице и којима неретко управља један од родитеља малолетника. У многим државама се, наиме, у тим радним срединама претпоставља (прећутна) сагласност родитеља са заснивањем радног односа са малолетником, као и то да присуство чланова породице у предузећу гарантује да ће малолетник бити заштићен од опасности на раду. Ипак, сагласност родитеља, ни у ком случају не може бити довољна да малолетник заснује радни однос за обављање послова који би могли да угрозе његово здравље, морал и образовање. Исто вреди и за случајеве експлоатације рада малолетника, будући да су они посебно осетљива категорија запослених и да су и *de facto* и *de iure* зависни од родитеља. Стога верујемо да, по узору на строга правила везана за забрану дечјег рада, посебно принудног дечјег рада, сагласност родитеља не може бити довољна ни за ангажовање малолетника за обављање послова који воде његовој експлоатацији, јер би у том случају радног ангажовања, родитељи који би се са тим сагласали, поступали против најбољег интереса детета, због чега и не би требало сматрати да је малолетник добровољно засновао радни однос. *Les réponses politiques et législatives modernes au travail des enfants*, 17; Упор. Franziska Humbert, *The challenge of child labour in international law*, Cambridge, 2009, 84.

захтев за престанак радног односа свог детета, усвојеника или штићеника. То има за последицу престанак радног односа, али и губитак парничне способности запосленог, што се у литератури, с правом, критикује као решење које не доприноси примени начела правне сигурности. Ово тим пре што опозив сагласности законског заступника у току поступка у којем запослени предузима процесне радње доводи до прекида парничног поступка, осим ако он није ангажовао процесног пуномоћника пре губитка парничне способности.⁷³ С тим у вези, ваља уочити особено решење из чешког права, где општи услов за заснивање радног односа подразумева навршење 15 година живота, при чему сагласност законског заступника није потребна за заснивање радног односа са малолетником ни у изузетним случајевима у којима је допуштен рад лица млађих од 15 година, нити у случају запошљавања малолетника узраста од 15-18 година. Ипак, након последње новеле Грађанског законика од 2014. године, законски заступник малолетника који је млађи од 16 година има право да иницира престанак радног односа малолетника, ако сматра да је то неопходно ради заштите интереса везаних за образовање, развој или здравље малолетника, као и у другим случајевима који су прописани посебним законом, а под условом да за то постоји сагласност суда.⁷⁴

Међутим, и у државама у којима се захтева сагласност законског заступника детета, сагласност се најчешће тражи само за закључивање уговора о раду малолетника под посебним условима. Овакво решење чешког права сматрамо оправданим - сагласност родитеља не треба да буде пресудан услов за заснивање радног односа, али родитељ треба да има овлашћење да иницира престанак радног односа, ако сматра да је рад противан најбољем интересу детета, као особа која треба да штити дете од свих облика штетног деловања.

VI Закључак

Ниједан од извора међународног и европског права од значаја за запошљавање малолетника не захтева постојање сагласности законског за-

73 Гордана Станковић, „Положај детета у породичном процесном парничном праву“, *Правни живот*, бр. 12/1996, 471; Ivan Šimović, „Utjecaj dobi na poslovnu i parničnu sposobnost“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 5/2011, 1634.

74 У Чешкој, лица млађа од 15 година могу радити само у култури, спорту и рекламној делатности, под условом да су за то добили дозволу посебне службе у оквиру министарства надлежног за послове рада и социјалне политике. Jan Pichrt, Martin Štefko, *Czech Republic: ELL – Suppl. 420*, The Hague, 2015, 215, 220.

ступника за заснивање радног односа са малолетником. Једини изузетак представљале су конвенције Међународне организације рада усвојене у првим деценијама прошлог века, које више нису на снази, а, које су допуштале дерогацију забране запошљавања деце млађе од 14 година, ако је за то постојало овлашћење и надзор надлежног државног органа или тела. Сличан изузетак допушта и важеће секундарно законодавство Европске уније, али се ни овде не ради о заснивању радног односа уз сагласност законског заступника, већ уз сагласност инспекције рада, министарства надлежног за послове рада или другог надлежног државног органа или тела (запошљавање деце у култури, уметности, спорту и рекламној делатности).

У страним правима не постоји општеприхваћено решење у погледу услова за заснивање радног односа са малолетником. Уместо тога, могуће је уочити две групе држава: већинску групу чине државе у којима заснивање радног односа са малолетником није условљено сагласношћу његових законских заступника, већ само захтевом да посао није штетан по здравље, морал и образовање малолетника. Тиме се уважавају потребе и способности малолетних радника, тим пре што постоје и други додатни механизми, који могу заштитити малолетника од пренагљених и непромишљених одлука, почевши од обавезне писане форме уговора о раду, преко права малолетника да у сваком тренутку и из било ког разлога иницира престанак радног односа, до низа когентних радноправних норми, којима се уређују права, обавезе и одговорности из радног односа. Када је, пак, реч о правним системима у којима је заснивање радног односа условљено сагласношћу законског заступника малолетника, сагласност се најчешће тражи само за закључивање уговора о раду под посебним условима, тј. за запошљавање малолетника испод законског старосног минимума (изузетни случајеви запошљавања малолетника), или сагласност уместо родитеља може дати државни орган (суд, административни орган). Такође, у неким правним системима, сагласност родитеља не представља услов за заснивање радног односа, већ родитељ има овлашћење да иницира престанак радног односа, ако сматра да је рад противан најбољем интересу детета.

Када је, пак, реч о праву Републике Србије, верујемо да би, у случају, задржавања правила о ограниченој пословној способности малолетника за закључење уговора о раду, требало утврдити и нова, допунска правила везана за давање ове сагласности. То, прецизније, значи да би, поред круга лица овлашћених за давање сагласности и форме сагласности, требало одредити и фазу заснивања радног односа у којој овлашћена

лица могу дати сагласност за радно ангажовање малолетника. Са друге стране, имајући у виду да наше позитивно радно и породично законодавство имају другачији приступ у односу на решења садржана у ранијим матичним законима за област радних односа, као и у Закону о браку и породичним односима, чини се да задржавање услова који се тиче писане сагласности законског заступника може имати оправдања само ако родитељ настоји да заштити дете од потенцијалне експлоатације у случају заснивања радног односа.

Иако Закон о раду изричито тражи сагласност законског заступника за заснивање радног односа малолетника, налазимо да би, у случају супротстављених ставова малолетника и његовог родитеља (законског заступника), постављање колизијског старатеља могло разрешити ту ситуацију. Ако се у току поступка утврди да је родитељ оправдано, у интересу детета и његовог правилног развоја, ускраћивао сагласност, одбијање сагласности родитеља „остаје на снази“ и нема заснивања радног односа. *A contrario*, ако се утврди да родитељ неоправдано ускраћује сагласност за заснивање радног односа, тада сагласност уместо родитеља даје орган старатељства. Када родитељи заједнички врше родитељско право, ако се оба родитеља сагласе да дете заснује радни однос, довољна је сагласност једног родитеља. Ако се један родитељ слаже, а други не, опет се поставља колизијски старатељ. Наше је становиште да родитељ који не врши родитељско право има право да да или ускрати сагласност, будући да се, у духу Породичног закона, заснивање радног односа чини као битно питање које утиче на живот детета. За разлику од заједничког живота, ако су родитељи разведени, оба родитеља морају дати сагласност, што не иде у прилог сигурности правног промета. Ако се један од родитеља противи, институт колизијског старатељства решава потенцијални сукоб.

Претходни аргументи доводе у питање оправданост задржавања сагласности законског заступника у нашем праву, посебно у светлу повећаног капацитета детета. Међутим, ако је у тренутним условима слабе радно-правне заштите запослених (како одраслих, тако и малолетних лица), намера законодавца да родитељ својом сагласношћу може да додатно заштити дете од непромишљених поступака и експлоатације његовог рада, сагласност сматрамо прихватљивим условом за заснивање радног односа. Ипак, и у том смислу, од коначног права вета родитеља, прихватљивијим се чини претходно потенцијално вето, које би, уколико малолетник има супротан став од родитеља, деловањем колизијског старатеља довело до оснаживања или превазилажења сагласности. Чини се да би само у том случају, са-

гласност родитеља била управљена на оно чему тежи - не ка неограниченој родитељској власти, већ ка благостању и развоју детета.

Ljubinka KOVAČEVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

Uroš NOVAKOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

THE SIGNIFICANCE OF CONSENT OF LEGAL GUARDIAN IN EMPLOYMENT OF MINORS

Summary

Due to the psycho-physical properties that affect the ability of minors to properly understand events, evaluate their own behaviour and direct personal actions, minors are not allowed to establish legal relationships and have the same rights and duties as adults. This rule does not apply to the field of employment, as a person who has reached a certain age can become an employee. The labour law establishes the minimum age for employment which is lower than the age of adulthood (according to civil law) and represents a general requirement for employment, while providing a set of protective measures that should contribute to the unobstructed development and education of minors.

*The concept of the Family Law (2005) promoted certain rights of children that the previous Law on Marriage and Family Relations did not recognize. In addition to the rights explicitly provided by the Family Law (the right to know who their parents are, to live with their parents, to maintain a personal relationship with a parent that doesn't live with them, the right to education etc.) a child (a mature minor) has the right to enter into an employment relationship. Since the Family Law has no provisions regarding child employment, *lex specialis* in this field is the Labour Law, which specifically provides for the parental (legal guardians) consent to enter into a contract of employment. This is an interesting solution, especially having in mind that the former Law on Marriage and Family Relations allowed employment of minors without parental consent.*

Besides Serbia, authorization of employment of minors was established as a necessary requirement in several other countries. Contrary to this, most legal systems do not make the consent of a legal guardian a requirement for employment of minors, because working is not considered dangerous or harmful

for the minors, assuming they meet the general and special requirements for employment and assuming special legal protection was ensured (in terms of banning or limiting overtime and night work, limiting the length of working hours, ensuring health and safety at work etc.). This solution starts with the assumption that employment of minors should be regulated so that it fits their needs and concerns as much as possible. Therefore, this article discusses the key aspects of an employment contract with a minor in domestic, international and foreign law. Special attention was devoted to the significance of consent of legal guardians in employment of minors, as well as the issue of (non) justification of this type of controlled (authorized) induction of minors into the labour market.

Key words: *special protection of minors, children's rights, minimum age for employment, legal capacity, consent of the legal guardian.*

Др Драгана РАДОВАНОВИЋ
доцент Правног факултета за привреду и правосуђе Универзитета
Привредна академија, Нови Сад

ТЕХНОЛОШКЕ, ЕКОНОМСКЕ ИЛИ ОРГАНИЗАЦИОНЕ ПРОМЕНЕ У ПРОЦЕСУ РАДА: УЗРОК НЕСИГУРНОСТИ ЗАПОСЛЕЊА

Резиме

Увођење технолошких, економских или организационих промена у процес рада може довести до укидања и смањења обима послова које обављају запослени на неодређено време и узроковати престанак потребе за њиховим радом на тим пословима, а у крајњој линији, и престанак њиховог радног односа. Због тога, радно законодавство настоји да, заштитом запослених на неодређено време, за чијим радом престаје потреба, сведе на минимум обим и последице утврђивања вишка запослених. У том смислу, престанак потребе за радом запослених на неодређено време мора бити узрокован озбиљним и стварним разлогом; мерила за утврђивање вишка запослених морају бити објективна и унапред утврђена, а решавање социјално-економског положаја оних који представљају вишак утемељено на примени мера које воде очувању стабилности запослења. Уколико не постоји могућност њиховог алтернативног запослења, укидање или смањење обима послова које су обављали оправдава отказ уговора о раду од стране послодавца. Ова и друга релевантна питања уређује програм решавања вишка запослених, у складу са законом.

Кључне речи: *вишак запослених, програм решавања вишка запослених, мере за ново запошљавање вишка запослених.*

І Уводне напомене

Последњих година догодиле су се опсежне друштвене промене (јачање процеса глобализације, велики технолошки напредак, економска криза, транзиција итд.), које су промениле свет рада на више начина. Између осталог, наметнуле су потребу за увођењем технолошких, економ-

ских или организационих промена у процес рада зарад очувања солвентности послодавца и/или повећања његове конкурентности. Увођење технолошких, економских или организационих промена у процес рада, међутим, може довести у питање стабилност запослења, узрокујући укидање или редуцирање обима послова које обављају запослени на неодређено време и престанак потребе за њиховим радом на тим пословима или престанак њиховог радног односа, отказом уговора о раду из разлога који се тиче потребе послодавца.¹ Према подацима Националне службе за запошљавање, у периоду транзиције око 270.000 запослених за чијим је радом престала потреба престао је радни однос из разлога који се односи на потребе послодавца, а тренд учесталог отказа уговора о раду из овог разлога настављен је наредних година. Овај тренд у корелацији са високом стопом незапослености имао је вишеструке негативне ефекте, због чега се утврђивање вишка запослених и решавање њиховог социјално-економског положаја налази у жижи интересовања научне, стручне, али и шире јавности.²

II Национални стандарди о вишку запослених

Национални стандарди о утврђивању вишка запослених и решавању њиховог социјално-економског положаја садржани су, првенствено, у Закону о раду,³ који се, у својству општег закона, примењује на све запослене и све послодавце, ако законом није другачије одређено. Приликом њиховог доношења уважени су међународни стандарди у овој области - стандарди Међународне организације рада садржани у Конвенцији број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца и истоименој, пратећој Препоруци број 166, али и стандарди Европске уније садржани у Директиви број 98/59 о усклађивању права држава чланица у погледу колективног отпуштања, Повељи Заједнице о основним социјалним правима радника и Повељи о основним правима радника у Европској унији.⁴

-
- 1 Укидање или редуцирање обима послова је оправдан разлог за отказ уговора о раду, ако послодавац не може запосленима за чијим је радом престала потреба понудити ни једну меру за ново запошљавање или је понуди, а они одбију закључење анекса уговора о раду ради примене те мере. Из тог разлога, одредбе радног законодавства о утврђивању вишка запослених и решавању њиховог социјално-економског положаја систематизоване су у посебном одељку, а не у оном који уређује престанак радног односа. Бранко Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, Београд, 2013, 296.
 - 2 Александар Марковић, „Колективно отпуштање као начин решавања проблема вишка запослених”, *Прописи у пракси - Lege artis*, бр. 20/2104, 23.
 - 3 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14.
 - 4 У односу на стандарде Међународне организације рада, национални стандарди обезбеђују виши степен заштите запосленима за чијим је радом престала потреба - они обавезују послодавца

III Дефиниција вишка запослених

Вишак запослених је „економска и правна ситуација која настаје као последица промена у технолошкој, економској или организационој позицији код послодавца, која доводи до потребе за значајнијим смањењем броја запослених, при чему разлози настанка вишка запослених ни су у вези са професионалним способностима и/или квалитетом извршавања рада појединачног запосленог“.⁵ Тако одређен појам „вишка запослених“ је свеобухватан, односно покрива економски вишак у ужем смислу (вишак који настаје увођењем економских промена зарад очувања солвентности послодавца) и технолошки или организациони вишак (вишак који настаје увођењем технолошких или организационих промена осмишљених ради повећања конкурентности послодавца).⁶

Вишак могу бити запослени који раде на неодређено време, јер само потреба за радом запослених, (временски) недефинисаног трајања у време закључења уговора о раду, може престати увођењем технолошких, економских или организационих примена у процес рада.⁷

IV Разлози престанка потребе за радом запослених на неодређено време

Увођење технолошких, економских или организационих промена у процес рада може довести до укидања одређених послова или смањења њиховог обима и престанка потребе за радом значајнијег броја запослених на неодређено време који те послове обављају.⁸ У литератури се, оту-

да, пре доношења програма решавања вишка запослених, у сарадњи са репрезентативним синдикатом образованим код њега и републичком организацијом надлежном на запошљавање, предузме мере за ново запошљавање вишка запослених. Са друге стране, стандарди Европске уније су фрагментарно уважени, иако су детаљнији, конкретнији и прилагођенији националним околностима у односу на стандарде Међународне организације рада. Из тог разлога, као и због чињенице да је инкорпорирање „Acquis communautaire“ у национални поредак један од услова који наша земља мора испунити да би била примљена у чланство Европске уније, морамо радити и даље на усаглашавању националних стандарда са комунитарним.

5 Б. Лубарда, 226.

6 Слободан Дражић, „Отказ у случају вишка запослених“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2006, 114.

7 Драгољуб Симоновић, *Радно право*, 5. издање, Београд, 2016, 99.

8 Престанак потребе за радом запослених на неодређено време сагледава се кроз призму укидања или редуцирања обима послова који су тим запосленима поверени уговором о раду, без обзира обављају ли стварно те послове, или, уколико се примени фикција о закључењу уговора о раду на неодређено време, кроз призму послова које *de facto* обављају. Боривоје Живковић, „Индивидуално отпуштање по основу вишка запослених“, *Правна пракса*, бр. 9/2007, 19.

да, среће констатација да се разлози престанка потребе за радом запослених на неодређено време не могу приписати њиховој кривици, нити се могу довести у везу са њиховим способностима и квалитетом обављања рада - они се индивидуализују кроз три врсте алтернативно одређених промена, које би, због значаја који имају, требало да буду представљене не само у делу програма решавања вишка запослених који се односи на „разлоге престанка потребе за радом запослених“, већ и у посебном програму (елaborату), који претходи доношењу програма решавања вишка запослених.⁹ Мада економске природе, разлози престанка потребе за радом запослених на неодређено време могу се поделити на технолошке, економске и организационе.¹⁰ Али, сви морају бити стварни и озбиљни да би се онемогућила евентуална злоупотреба овлашћења послодавца да организује процес рада и утврди потребан број запослених.¹¹

V Утврђивање вишка запослених

Утврђивање вишка запослених спада у самосталну, аутономну област деловања послодавца.¹² „Закон не предвиђа обавезу послодавца да донесе одлуку о престанку потребе за радом запосленог, нити двостепе-

9 „Важећи Закон о раду такав програм не предвиђа, али га подразумева. Ако је вишак запослених последица, онда се њен узрок мора одредити, објаснити и образложити. Без тога технолошке, економске или организационе промене немају објективну вредност, већ су продукт волунтаризма и субјективности.“ Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, 3. издање, Београд, 2016, 311.

10 Технолошки разлози тичу се модернизације процеса рада, увођењем нових технологија, а економски разлози економске кризе и, уопште, фактора на које послодавац не може утицати, што за последицу има значајно опадање нивоа економске активности послодавца, престанак производње одређених производа, итд. Организациони разлози сагледавају се кроз призму реорганизације процеса рада (укидање филијала, погона, итд.) ради ефикаснијег коришћења средстава рада. Вид. А. Марковић, 23.

11 Озбиљан разлог престанка потребе за радом запослених на неодређено време не може бити незнатан пад продаје или редуцирање обима послова узроковано уобичајеним променама сезонског карактера.

12 Отуда, суд не може ценити целисходност и оправданост престанка потребе за радом запослених на неодређено време (друкчије решење било би противно чл. 82. Устава Републике Србије), али може ценити да ли се под формалним плаштом утврђивања вишка запослених прикрива злоупотреба права - премештај запосленог на друго радно место, иако се може знати (очекивати) да ће на том радном месту бити вишак или понуда да ради у “сестринској компанији” на удаљености од 49 километара од куће у двократној смени од 9 до 12 и 16 до 20 сати, иако се, због удаљености ове компаније, онемогућава да ефикасно користи слободно време. А. Марковић, 25.

ност у одлучивању. Међутим, он може такву одлуку донети из разлога целисходности, али је она деклараторног карактера.”¹³

Утврђивање вишка запослених подразумева имплементацију унапред утврђених мерила селекције запослених за чијим радом престаје потреба, радно-професионалне и социјално-имовинске природе.¹⁴ Избор мерила, њихово рангирање и квантификација представља интегрални елемент програма решавања вишка запослених који се односи на „критеријуме за утврђивање вишка запослених“,¹⁵ а ближе је уређено колективним уговором,¹⁶ уз уважавање законом одређених ограничења - критеријум за утврђивање вишка запослених не може бити одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад, трудноће, породилског одсуства, неге детета и посебне неге детета,¹⁷ пошто запослени не може трпети штетне последице због остваривања права из радног односа.¹⁸

Утврђивање вишка запослених врши се на основу Правилника о организацији и систематизацији послова - респектујући организацију ра-

13 З. Ивошевић, М. Ивошевић, 871.

14 Радно-професионални критеријуми (резултати рада и дужина радног стажа) конципирани су тако да се заштите запослени који су најуспешнији и верификује њихов допринос пословном успеху послодавца, а социјално-имовински критеријуми (имовно стање запосленог, број чланова породице запосленог који остварују зараду, здравствено стање запосленог и/или здравствено стање чланова његове породице, број деце на школовању) одражавају убеђење да се, из моралних разлога, при селекцији запослених за чијим радом престаје потреба узме у обзир њихова лична и породична ситуација - последице утврђивања вишка запослених могу лакше поднети запослени бољег имовног и здравственог стања, са мањим бројем деце на школовању, итд. Независно од природе, критеријуми морају бити конципирани у складу са принципом транспарентности, једноставности примене и економичности - сва заинтересована лица морају имати могућност да се упознају са њима, а селекција запослених за чијим радом престаје потреба мора бити једноставна, нарочито када је скопчана са прибављањем обимне документације, и не може излагати несразмерним трошковима ни послодавца, ни запослене. Б. Лубарда, 228.

15 Мерила селекције запослених за чијим радом престаје потреба утврђује послодавац. Али, о њима се изјашњава репрезентативни синдикат образован код послодавца и републичка организација надлежна за запошљавање, дајући мишљење о предлогу програма решавања вишка запослених. Вид. Предраг Јовановић, *Радно право*, 7. издање, Нови Сад, 2015, 215.

16 Општи колективни уговор, *Службени гласник РС*, бр. 50/08, 104/08, Анекс I, 80/09, Анекс II, чл. 38-43.

17 Закон о раду, чл. 157.

18 „Ако постоји оправдан разлог за отказ уговора о раду, као што је престанак потребе за обављањем одређеног посла, радни однос може престати и запосленом који је, због привремене спречености за рад, на боловању“. Мишљење министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-00244/2008-02; доступно на: <http://www.proisionline>, 26.12.2016.

да и организационе делове код послодавца, послове које обавља сваки запослени, као и друге елементе одређене овим општим актом, надлежни орган код послодавца, односно лице утврђено законом или општим актом послодавца, одређује потребан број запослених у насталим околностима, односно број или проценат запослених за чијим радом неће бити потребе у наредном периоду. Број или проценат тих запослених није глобалан, већ упоједињен именима и презименима, врстом и степеном стручне спреме, годинама живота, стажом осигурања и пословима које су обављали у време престанка потребе за њиховим радом.¹⁹

Вишак запослених утврђује се код послодавца, а не у организационим деловима код послодавца (филијалама, погонима, итд.), пошто они немају својство правног лица и не сматрају се послодавцем у смислу Закона о раду. Вишак запослених утврђује се и у зависном друштву, које је део матичног предузећа, независно од овлашћења његовог менаџмента да самостално доноси одлуке.²⁰

VI Програм решавања вишка запослених

Програм решавања вишка запослених је акт пословне политике послодавца којим се утврђује систем мера и активности на обезбеђивању права запослених за чијим је радом престала потреба.²¹ Отуда, мора садржати све податке релевантне за утврђивање вишка запослених и решавање њиховог социјално-економског статуса, а нарочито: разлоге престанка потребе за радом запослених; укупан број запослених код послодавца; број, квалификациону структуру, године старости и стаж осигурања запослених за чијим је радом престала потреба и послове које обављају; критеријуме за утврђивање вишка запослених; мере за запошљавање вишка запослених; средства за решавање социјално-економско положаја запослених који су вишак; рок у коме ће бити отказан уговор о раду запосленима који су вишак.²²

Програм решавања вишка запослених доноси надлежни орган код послодавца, односно лице утврђено законом или општим актом послодавца.²³ Његова је обавеза да донесе програм решавања вишка запослених, уколико утврди да ће, због технолошких, економских или организационих про-

19 Закон о раду, чл. 155, ст. 1.

20 Такав став искристалисао се у судској пракси.

21 Решење Уставног суда Србије, У-150/13 од 30.1.2014; доступно на адреси: <http://www.propisionline>, 10.12.2016.

22 Закон о раду, чл. 155, ст. 1.

23 Закон о раду, чл. 155, ст. 2.

мена, у периоду од 30 дана, престати потреба за радом најмање: 10 запослених који раде на неодређено време, ако послодавац у радном односу на неодређено време има више од 20, а мање од 100 запослених; 10% запослених који раде на неодређено време, ако послодавац у радном односу на неодређено време има више од 100, а мање од 300 запослених; 30 запослених који раде на неодређено време, ако послодавац у радном односу на неодређено време има више од 300 запослених. Његова је обавеза да донесе програм решавања вишка запослених и уколико утврди да ће, због технолошких, економских или организационих промена, у периоду од 90 дана, престати потреба за најмање 20 запослених који раде на неодређено време, независно од укупног број запослених који раде на неодређено време код послодавца.²⁴ Дакле, његова обавеза да донесе програм решавања вишка запослених није утврђена ако утврди вишак запослених у мањем броју или проценту од законом одређеног,²⁵ осим ако „процени да ће у наредном периоду у укупном трајању од 90 дана (од дана доношења прве одлуке) престати потреба за радом још једног броја запослених на неодређено време“.²⁶

VII Решавање социјално-економског положаја вишка запослених

Решавање социјално-економског положаја вишка запослених подразумева, пре свега, примену законом одређених мера за (ново) запошљавање запослених за чијим је радом престала потреба.²⁷ Темељећи се

24 Закон о раду, чл. 153, ст. 1.

25 Ако је број или проценат запослених за чијим је радом престала потреба мањи од законом одређеног, питање вишка запослених решава се одлуком послодавца, без предузимања мера за решавање њиховог социјално-економског положаја. Албинезе Жељко, Секула Новаковић, *Коментар Закона о раду*, 5. издање, Београд, 2014, 223.

26 Мишљење министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, бр. 011-00-296/2015-02 од 1.10. 2015. године, доступно на адреси: <http://www.propisionline>, 12.9.2016.

27 Мере за (ново) запошљавање вишка запослених, предвиђене Законом о раду, чл. 155, су: премештај на друге послове; рад код другог послодавца; преквалификација или доквалификација; рад са непуним радним временом, али не краћим од половине пуног радног времена; друге мере. Премештајем на друге послове, запослени за чијим је радом престала потреба остаје у радном односу код послодавца код кога је вишак и обавља друге послове, одговарајуће врсти и степену његове стручне спреме, полазећи од поставке да се концепт вишка запослених везује за радно место, а не радну средину у целини. Рад код другог послодавца омогућава запосленом за чијим је радом престала потреба да остане у радном односу и обавља послове који су одговарајући врсти и степену његове стручне спреме код другог послодавца. Преквалификација (оспособљавање за рад у другој струци) или доквалификација (оспособљавање за рад у истој струци, уз стицање вишег степена образовања) омогућава запосленом за чијим

на концепту очувања стабилности запослења, те мере одржавају убеђење да „рад није роба“ - свако има потенцијале које је потребно препознати, искористити и одржати, а исплата отпремнине може представљати решење у недостатку других могућности²⁸ - ако ни једна од тих мера не може бити примењена или запослени одбије закључење анекса уговора о раду ради њене примене.²⁹ Запослени коме је, након исплате отпремнине, отказан уговор о раду остварује право на новчану накнаду и право на пензијско и инвалидско осигурање и здравствену заштиту, у складу са прописима о запошљавању.³⁰ Он има и приоритет за закључивање уговора о раду ради обављања истих послова код послодавца код кога је био вишак, ако потреба за обављањем тих послова настане у року од 3 месеца од дана престанка његовог радног односа³¹ - пре истека тог рока, послодавац не може на истим пословима запослити друго лице, осим ако је уговор о раду отказао особи са инвалидитетом којој, због губитка радне способности, није могао обезбедити други одговарајући посао.³²

Решавање социјално-економског положаја вишка запослених захтева знатна финансијска средства. Та средства обезбеђује послодавац,

је радом престала потреба да остане у радом односу код истог или другог послодавца. Рад са непуним радним временом, али не краћим од половине пуног радног времена, омогућава запосленом на неодређено време за чијим је радом престала потреба да остане у радном односу код послодавца код кога је постао вишак, уз могућност заснивања двојног радног односа. Друге мере допуњују законом одређене мере, а могу се предвидети програмом решавања вишка запослених. Вид. З. Ивошевић, М. Ивошевић, 315.

28 „Тужиоцу је законито отказан уговор о раду код туженог, где је престала потреба за његовим радом, а радни однос је засновао код другог послодавца. С обзиром на то да је у конкретном случају тужени применом једне од мера запошљавања решио радно-правни статус тужиоца, њему није отказан уговор о раду по одредбама чл. 179 ст. 1. тач. 9. Закона о раду, у ком случају је послодавац дужан да запосленом исплати отпремнину.“ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 2750/12 од 6.12. 2013, доступно на: <http://www.propisionline>, 6.12.2016.

29 Закон о раду, чл. 179, ст. 2.

30 Закон о раду, чл. 160.

31 „Навод жалбе да за радом тужиље није престала потреба, јер је тужени на пословима које је она обављала ангажовао друга лица, чиме је поступио супротно одредби чл. 182, ст. 1. Закона о раду, није основан. Ово из разлога што тужени није на пословима које је тужена обављала запослио друга лица, већ је вршење тих послова поверио специјализованој агенцији, а све у складу са његовим правом да, као привредни субјект, самостално, према својим потребама у циљу рационализације и уштеде и у складу са својом пословном политиком, одреди начин на који ће организовати процес рада.“ Пресуда Основног суда у Аранђеловцу П1-666/16 од 19.3.2016, доступно на: <http://www.propisionline>, 16.12.2016.

32 Закон о раду, чл. 182.

држава, територијална аутономија и локална самоуправа или се обезбеђују путем кредита, донација итд.³³

VIII Учешће репрезентативног синдиката код послодавца и републичке организације надлежне за запошљавање у решавању социјално-економског положаја вишка запослених

Решавање социјално-економског положаја вишка запослених, прожето начелом трипартизма, темељи се на остваривању непосредне и активне сарадње послодавца са репрезентативним синдикатом образованим код њега, с обзиром на улогу коју има у заступању, представљању, унапређењу и заштити интереса запослених (за чијим је радом престала потреба), и републичком организацијом надлежном за запошљавање, уз чије учешће или посредовање вишак запослених остварује низ права.³⁴ Та сарадња би требало да превазилази обичне консултације и омогући реално сагледавање позиција различитих страна, указујући да поделу одговорности у вези са решавањем социјално-економског положаја вишка запослених морају сносити сви актери.

Послодавац је дужан да предлог програма решавања вишка запослених достави републичкој организацији надлежној за запошљавање и репрезентативном синдикату образованим код њега, најкасније у року од 8 дана од дана утврђивања предлога програма, ради давања мишљења.³⁵ Његова је обавеза и да мишљење репрезентативног синдиката образованог код њега и републичке организације надлежне за запошљавање, дато у року од 15 дана од дана достављања предлога програма, *bona fide* размотри, а о заузетом ставу обавести даваоца мишљења у року од 8 дана.³⁶ Уколико неко не да мишљење у овом року, иако је уредно примио предлог програма, послодавац може донети програм решавања вишка запослених без његовог мишљења.³⁷

Републичка организација надлежна за запошљавање дужна је да предлог мера за запошљавање вишка запослених достави послодавцу, заједно са мишљењем о предлогу програма решавања вишка запослених.

33 Ако би сам послодавац сносио трошкове, доспео би у својеврсни *circulum vitiosus*, а увођење промена у процес рада не би имало сврху. Б. Лубарда, 234.

34 П. Јовановић, 214.

35 Закон о раду, чл. 155, ст. 2.

36 Закон о раду, чл. 156, ст. 1 и 2.

37 Ж. Кулић, С. Перић, *Радно право*, Београд, 2016, 245.

Њен предлог не обавезује послодавца, али је он дужан да исти размотри и обавести је о свом ставу у року од 8 дана.³⁸

Послодавац је дужан да, пре доношења програма решавања вишка запослених, у сарадњи са репрезентативним синдикатом и републичком организацијом надлежном за запошљавање, предузме мере за (ново) запошљавање вишка запослених.³⁹

IX Уместо закључка

Увођење технолошких, економских или организационих промена у процес рада може, у крајњој линији, довести до престанка радног односа запослених на неодређено време. Ипак, тренд учесталог отказа уговора о раду из разлога који се тиче потребе послодавца биће настављен и наредних година. Разлога за то је неколико, а најважнији су склоност послодавца да запосленима за чијим је радом престала потреба отказују уговоре о раду, не испитујући све могућности за њихово алтернативно запошљавање, недостатак финансијских средстава за имплементацију мера за (ново) запошљавање вишка запослених, али и новине које се тичу висина отпремнина (умањена основица обрачунског периода и умањење висине отпремнина са три на две просечне зараде).

Dragana RADOVANOVIĆ, PhD
Assistant professor at Faculty of law, economy and justice,
University Privredna akademija, Novi Sad

TECHNOLOGICAL, ECONOMIC OR STRUCTURAL CHANGES IN WORK: CAUSES OF JOB INSECURITY

Summary

The introduction of technological, economic or structural changes in the labor market may lead to the abolishment of certain work positions or reduction in their scope, thus having dual consequences for permanent employees: the termination of the need for their work on these positions or termination of their employment. Consequently, labor legislation seeks to minimize the scope and consequences of the surplus employee determination by protecting permanent employees whose work is no longer required. The protection it provides to these

38 Закон о раду, чл. 156, ст. 2.

39 Закон о раду, чл. 154.

workers involves, primarily, the existence of a real and serious reason for the termination of the need for their work, implementation of the objective pre-established criteria for identifying redundant workers and addressing their socio-economic status by implementing measures that lead to preserving employment stability. If none of these measures can be applied, the employment of these workers will be terminated. This and other relevant issues are regulated by the redundancy program, in accordance with the law.

Key words: *surplus employees, redundancy program, measures for new employment of redundant employees.*

др Сања Стојковић-Златановић

истраживач сарадник Института друштвених наука у Београду

Бети Лазаревић

виши судијски сарадник Апелационог суда у Нишу

ПОВЕРЉИВОСТ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ – ИМПЛИКАЦИЈЕ НА ПОЛОЖАЈ ЗАПОСЛЕНИХ СА СТАНОВИШТА СУДСКЕ ПРАКСЕ

Резиме

Заштита података о личности део је концепта права на приватност, где аспект (не)обезбеђења поверљивости података о личности може да доведе до одређених последица по рад и радни однос запослених, због чега значај регулисања услова за саопштавање података до који запослени долазе приликом извршења својих радних обавеза не сме да буде занемарен. С тим у вези, у раду се након сагледавања и анализе концепта права на приватност и права на поверљивост личних података у савременом радном праву, те диференцирања врста поверљивих података у контексту рада и радних односа указује на неопходност радноправног регулисања саопштавања личних података у оквирима принципа информисаног пристанка, уз уважавање легитимних интереса послодаваца али и јавног интереса, односно поштовања права и слобода других лица.

Кључне речи: *право на приватност, заштита података о личности, поверљивост личних података, последице по радни однос.*

I Увод

Заштита података о личности у оквирима права на приватност подразумева и аспект заштите права на поверљивост личних података. Право на поверљивост у области рада и запошљавања значајно је како ради заштите легитимних интереса послодаваца тако и интереса радника. Послодавци су у обавези да осигурају заштиту поверљивости података о запосленима док су запослени у обавези да обезбеде заштиту личних података до

којих долазе приликом извршења својих радних обавеза а тичу се других запослених, клијената и свих трећих лица. Циљ рада је да се полазећи од теоријских поставки права на приватност укаже на неопходност ближег регулисања заштите података о личности у контексту права на поверљивост у области рада и запошљавања. Непотпуно регулисање али и слаба информисаност запослених о последицама повреде поверљивости личних података доводи до судских спорова у контексту дисциплинске, односно грађанскоправне одговорности за штету. Примена општих одредби о заштити података о личности у области рада и запошљавања основа је за регулисање услова за саопштавање поверљивих личних података у савременом радном праву, где специфичност односа радника и послодаваца, те заштита легитимних интереса послодаваца, такође, не смеју да буду игнорисани, због чега се захтева и одобрење надређеног, односно овлашћење запосленог за даље саопштавање осетљивих личних података.

II Право на приватност у савременом радном праву

Право на приватност подразумева право појединца да одлучи које информације о њему могу да се открију другима, као и да одлучи на који начин ће се информације о његовој личности прикупити и у коју сврху ће се оне користити.¹ Термин „приватност“ потиче од латинске речи „*privatus*“ која значи лишити и прво је коришћен у области војске у вези са „лишавањем некога статуса или чина.“² Најранија правна анализа концепта *приватности* веже се за ауторе Ворена (енгл. *Warren*) и Брандиза (енгл. *Brandies*) и за 1890. годину, где је право на приватност одређено као „право да се неко пусти на миру“.³ Са друге стране, приватност се још дефинише полазећи од теорије контроле, па тако „англоамеричко право установљава обавезу поштовања права појединца да одреди границе до којих ће се његова осећања и мисли откривати другима.“⁴ Са становишта европске теорије, приватност подразумева „право на информисано самоодређење“ и представља предуслов за партиципацију лица у сфери соци-

1 Alan F. Westin, „Social and Political Dimensions of Privacy“, *Journal of Social Issues*, бр. 59(2)/2003, 3.

2 Helena Leino-Kilpi *et al.*, „Privacy: a review of the literature“, *International Journal of Nursing Studies*, No. 38/2001, 663-664.

3 Marco J. C. Moskop, *et al.*, „From Hippocrates to HIPAA: Privacy and Confidentiality in Emergency Medicine Part I: Conceptual, Moral, and Legal Foundations“, *Annals of Emergency Medicine*, бр. 45(1)/2005, 53.

4 *Ibid.*, 664.

јалних односа.⁵ Најопштије речено, приватност се дефинише као заштита од излагања или мешања других, где се лицу признаје ексклузивно право употребе и контроле над личним подацима.⁶

Право на приватност улази у корпус основних људских права и све државе чланице Европске уније гарантују заштиту права на приватност. Правна форма признавања овог права разликује се, те поједине државе чланице изричитим уставним одредбама установљавају заштиту права на приватност (пример Белгије, Шпаније, Холандије, Португалије), док друге право на приватност изводе из националне судске праксе или прихваћених међународних обавеза (Аустрија, Данска, Француска, Италија).⁷ У праву Србије уставним одредбама признаје се заштита података о личности⁸ у контексту права на приватност, док се прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности уређују посебним законом.⁹ Право на приватност подразумева и заштиту приватности у контексту рада и запошљавања, где домаћи Закон о раду¹⁰ чланом 83. установљава заштиту података о личности. Међутим, специфичност ових података захтева ближе радноправно регулисање, где се наглашава да прикупљање података о личности у контексту рада и запошљавања, односно ограничавање права на приватност треба да буде изузетно, те се сматра допуштеним само уколико је оправдано, односно повезано са обављањем послова (начело релевантности) и сведено на најнужнију могућу меру.¹¹ Поред тога, неопходно је и законско овлашћење или изричит пристанак лица чији се подаци обрађују док број прикупљених података мора да буде сразмеран сврси прикупљања.¹²

5 Lilian Mitrou, Maria Karyda, „Employees' Privacy vs. Employers' security: Can they be balanced?“, *Telematics and Informatics*, No. 23/2006, 167.

6 Adam Moor, „Defining Privacy“, *Journal of Social Philosophy*, бр. 39(3)/2008, 414.

7 Frank Hendrickx, *Protection of workers' personal data in the European Union*, Leuven, July 2002, доступно на адреси: [file:///C:/Users/Milan/Downloads/1_dataprotection_hendrickx_combined_studies_en%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Milan/Downloads/1_dataprotection_hendrickx_combined_studies_en%20(1).pdf), 02.03.2017.

8 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 42.

9 Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 – одлука УС 107/2012.

10 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 и 13/2017 – одлука УС.

11 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2011, 398.

12 *Ibid.*, 398-399.

Повезаност општих, односно уставних прокламација права на приватност и регулативе у области рада део је дабате која је вођена на нивоу Европске уније али и на националним нивоима, а окончана је усвајањем Мишљења Саветодавног тела Европске уније о приватности и заштити података о личности,¹³ где се потврђује примена општих одредби о заштити података о личности у области рада и запошљавања. Тако се у свим државама чланицама одредбе Директиве бр. 95/46/ЕЗ о заштити података о личности примењују у контексту радних односа, односно признаје се примена општих националних одредби о заштити података о личности у области рада и запошљавања.¹⁴ Са друге стране, Европска конвенција о људским правима и слободама (1950) Савета Европе чланом 8. прокламује право на поштовање приватног живота чиме се обезбеђује и аспект заштите података о личности. Иначе позитивна димензија овога права, данас је добила шире тумачење, односно подразумева и заштиту од „арбитрарног мешања јавних власти у сферу приватности“, али и обавезу држава да предузму активне мере за остваривање права у контексту регулисања односа између појединаца, да би 1992. године Европски суд за људска права утврдио да професионални живот има велики значај за реализацију права на приватан живот.¹⁵ Заштита права на поштовање приватног живота, у упоредном праву, укључујући и домаће радно законодавство¹⁶ углавном се остварује посредно, где се одредбама о ограничењу радног времена, те одредбама о установљавању права на плаћена одсуства са рада обезбеђује равнотежа између сфере приватности и професионалних обавеза радника.¹⁷

Данас се под правом на приватност подразумева право на ограничење приступа појединцу, као и право да се неоткрију другима одређене

13 Мишљење бр. 8/2001 о обради личних података у контексту запошљавања из 2001. године (*Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context, Article 29 – Data Protection Working Party, Adopted on 13 September 2001*), чл. 29.

14 F. Hendrickx, 15.

15 Marta Otto, „The Right to Privacy in Employment, In Search of the European Model of Protection“, *European Labour Law Journal*, бр. 6(4)/2015, 345-346.

16 Домаћи Закон о раду предвиђа заштиту личног интегритета запослених лица, што представља законски основ за заштиту права на поштовање приватног живота. Више код: Љубинка Ковачевић, „Радни однос и право на поштовање приватног живота“, *Остваривање и заштита социјалних права*, Зборник радова са Саветовања правника, Златибор, 6-9. октобар 2010. (ур. Боривоје Шундерић, Бранко Лубарда, Предраг Јовановић), Београд, 2010, 166-184.

17 *Ibid.*, 167.

личне информације.¹⁸ С тим у вези, потребно је указати да се разликују три врсте приватности – физичка приватност, приватност података, односно информација и приватност одлука.¹⁹ Физичка приватност подразумева заштиту тела, односно право да се заштити људско тело од откривања.²⁰ У области рада и запошљавања мисли се на задирање послодавца у контексту обезбеђења заштите здравља и безбедности на раду спровођењем медицинских прегледа, што укључује и генетско тестирање, односно биохемијско тестирање.²¹ Приватност одлука значи заштиту нечијег личног избора (одлуке) и обезбеђење немешања других лица или државе (Врховни суд САД-а установио је право на приватност ради заштите слободе избора у погледу коришћења контрацептивних средстава или у погледу доношења одлуке о прекиду трудноће),²² док у сфери рада подразумева осигурање немешања послодавца у процес доношења одлука запослених које се тичу активности невезаних за обављање њихових радних задатака и извршење обавеза из радног односа и у вези је са правом на аутономију и самоодређење. Са друге стране, приватност података се односи на заштиту од откривања личних информација.²³

III Поверљивост личних података на местима рада

Приватност података повезана је са правом на поверљивост, односно са дужношћу обезбеђења поверљивости личних информација појединца. Наиме, право на поверљивост подразумева право лица да спречи поновно откривање „осетљиве“ личне информације неком трећем лицу.²⁴ Право на поверљивост произлази из теорије контроле, те значи интерес појединца да има контролу над сакупљањем и обрадом података о његовој личности, с тим да ова контрола није апсолутна већ је заснована на начелу информисаног пристанка, односно недопуштености прикупљања података без претходно прибављеног слободног и на информацијама заснованог пристанка.²⁵

18 Mark A. Rothstein, „Genetic Privacy and Confidentiality: Why They Are So Hard to Protect“, *Contemporary Health Policy* (ed. Beaufort B. Longest Jr.), Chicago-Washington, 2001, 483.

19 M. J. C. Moskop, *et al.*, 54.

20 *Ibidem*.

21 Philip Brey, „The Importance of Privacy in the Workplace“, *The Ethics of Workplace Privacy* (eds. Sven O. Hansson and Elin Palm), Brussels, 2005, 101.

22 M. J. C. Moskop, *et al.*, 54.

23 *Ibidem*.

24 M. A. Rothstein, 483-484.

25 Anders von Koskull, „Employment Privacy Protection – Scandinavian Comparative Perspectives“, *Stability and Change in Nordic Labour Law* (ed. Peter Wahlgren), Stockholm, 2002, 338.

Притом, треба имати у виду и то, да се право на поверљивост личних података појединца ограничава још и легитимним јавним интересима, односно слободама и правима других лица.²⁶ Право на поверљивост личних података нарочито је значајно са становишта здравственог права, те се разматра у контексту регулисања односа лекара и пацијента и обезбеђења заштите здравствених информација као нарочито осетљивих података о личности. У том смислу, право на поверљивост здравствених информација укључује то да болница или лекар не смеју да ставе на располагање личне или медицинске, односно здравствене податке некој трећој страни без пацијентовог пристанка јер на тај начин врше повреду права на приватност али и повреду радне обавезе што може да буде основ за покретање дисциплинског поступка. Ово важи и за остале податке о личности до којих запослени долази током извршења својих радних обавеза и то како оних који се тичу осталих запослених тако и клијената, односно свих трећих лица. Повреда обавезе поверљивости личних података представља дискриминаторско поступање и повреду начела једнакости чиме запослени који је неовлашћено поступао, односно без пристанка лица на кога се подаци односе, али и без претходног одобрења надређеног врши повреду уговора о раду. Повреда поверљивости података у контексту рада и запошљавања може имати за последицу отказ уговора о раду, умањење зараде запосленом, те привремено удаљење са рада без накнаде зараде. Запослени имају интерес обезбеђења поверљивости свих личних података до којих долазе током вршења својих радних обавеза, јер то може бити основ за њихову одговорност док послодавци имају интерес креирања, односно утврђивања мера политике заштите приватности и поверљивости личних података на местима рада како се не би суочили са губитком клијената, подривања поверења у односима између самих запослених и односима са клијентима, као и осигурања лојалности у односима рада. Запослени у случају повреде права на поверљивост поред дисциплинске одговорности могу бити позвани и на грађанскоправну одговорност, односно одговорност за штету према лицу на кога се подаци односе у ком случају и послодавац може одговарати.

Право на поверљивост и сигурност података о личности регулисано је Директивом бр. 95/46/ЕЗ у чл. 16. и чл. 17. где се установљава осигурање поверљивости свих података о личности појединаца, док је лице које има приступ личним информацијама појединаца, односно запослени дужан да се приликом извршења својих радних обавеза руководи прин-

26 Мишљење бр. 8/2001, чл. 29.

ципом поверљивости, односно за њихово даље преношење захтева се претходно одобрење надређеног а изузетком се сматра изричито законско овлашћење за даље коришћење и располагање личним подацима.

Узимајући у обзир преовладајуће становиште у Европској унији, да се опште одредбе о заштити података о личности примењују и у области рада и запошљавања, одредбе домаћег Закона о заштити података о личности значајне су, те захтевају одговарајућу анализу. Ово тим пре што Закон о раду Србије не регулише у потпуности аспект заштите поверљивости личних података у области рада и запошљавања, односно утврђује заштиту података о личности искључиво у контексту односа послодавац – запослени, док односи поверљивости који могу да имају одређене импликације за остваривање права на раду и у вези са радом, са аспекта односа према клијентима и трећим лицима, нису обухваћени регулативом. Тако је предвиђено да лични подаци о запосленом не могу бити доступни трећим лицима осим у случају када је то одређено законом или са циљем утврђивања права и обавеза из радног односа.²⁷ Поред тога, утврђује се и да личне податке запосленог може да прикупља, обрађује, користи и доставља трећим лицима само запослени овлашћен од стране директора.²⁸ Закон не садржи одредбе о информисаном пристанку лица на кога се подаци односе, што би ваљало регулисати, све у контексту остваривања права на приватност и обезбеђења веће заштите осетљивих података о личности запослених, односно кандидата за запослење. Са друге стране, Закон о заштити података о личности уводи термин „обрада“ који се односи на све радње које се предузимају а односе се на личне податке укључујући и свако даље преношење, односно коришћење и располагање овим подацима након иницијалног прикупљања. Услови за обраду личних података шире су одређени, те се поред изричитог пристанка лица, односно законског овлашћења захтева и осигурање легитимности, сразмерности, сигурности и транспарентности везаних за сврху обраде. Домаћи законодавац не регулише посебно саопштавање личних података (енгл. *Disclosure of personal data*) у контексту права на поверљивост, што је случај Директиве бр. 95/46/ЕЗ. С тим у вези, као добар пример и адекватно решење, наводимо одредбе Закона о заштити података Велике Британије, где се за даље преношење личних по-

27 Закон о раду, чл. 83 ст. 2.

28 *Ibid.*, чл. 83 ст. 3.

датака захтева испуњење услова везаних за правичност и законитост.²⁹ Процена испуњења услова правичности и законитости одвија се у оквири-ма утврђивања следећих чињеница, тј. да ли је реч о нарочито осетљивим подацима о личности, какве су последице даљег саопштавања, процене разумних очекивања лица на кога се подаци односе, као и да ли постоји легитиман интерес јавне власти или приватног субјекта у ком случају се утврђују и доводе у равнотежу интереси те две стране, односно лица чији се подаци користе насупрот јавном интересу, односно остваривању права и слобода других лица.³⁰

IV Врсте поверљивих података у области рада и запошљавања

Поверљиви подаци значајни са становишта рада и запошљавања могу се поделити у три групе – информације о запосленима, управљачке и пословне информације.³¹

Поједине државе доносе посебне законе којима уређују информације о запосленима које улазе у домен поверљивости, а односе се на податке на основу којих је могућа идентификација запосленог, односно кандидата за запослење³² чиме се, посредно, обезбеђује заштита права на приватност. Тако, Законом о лицима са инвалидитетом у Америци (енгл. *The Americans with Disabilities Act, 1990*) предвиђа се осигурање поверљивости здравствених и информација које се односе на инвалидитет запослених, где саопштавање ових информација представља дискриминаторско поступање и негативно утиче на одлуку о заснивању радног односа или остваривању права на раду и у вези са радом у случајевима када нема значаја за обављање конкретног посла.³³ Закон предвиђа и обавезу поверљивости здравствених информација у случајевима промене послодавца.³⁴

29 Requests for personal data about public authority employees, доступно на адреси: https://ico.org.uk/media/1187/section_40_requests_for_personal_data_about_employees.pdf, 15.03.2017, 2.

30 *Ibidem*.

31 Why is Confidentiality Important?, Jules Halpern Associates, 2010, доступно на адреси: <https://www.halpernassociates.com/why-is-confidentiality-important/>, 18.03.2017.

32 Лични идентификациони број грађана, кућна адреса, мобилни телефон, брачни статус, број возачке дозволе и сл.

33 Mary K. O'Melveny, When Private Files Go Public: Remedies Under the Americans With Disabilities Act for Breach of Confidentiality Requirements, American Bar Association, 2004, 1, доступно на адреси: <http://www.bna.com/bnabooks/ababna/annual/2004/omelven.doc>, 19.03.2017.

34 *Ibidem*.

Управљачке информације тичу се самог радног односа и проистичу из уговора о раду и управљачке власти послодавца, односно овлашћења послодавца која се односе на његово право да организује рад запослених.³⁵ Треба имати у виду то да, противправност даљег преношења ових информација, односно информација о предузетим дисциплинским мерама, отказу уговора о раду, активностима у случајевима сумње да постоји повреда уговора о раду треба да се утврде у сваком конкретном случају, те зависе од утврђеног преовладајућег јавног или приватног интереса, односно одлука о даљем коришћењу и располагању овим информацијама о запосленима условљена је легитимношћу сврхе таквог преношења, као и разумним очекивањима запосленог на кога се подаци односе. У начелу, преношење ових информација подрива однос сарадње између послодавца и запосленог, као и између самих запослених, с тим да евентуална одговорност и могуће мере у таквим случајевима треба предвидети кодексима професионалног и етичког понашања који се, данас, све чешће доносе на местима рада уз, када год је то могуће, укључити аспект поверљивости у колективне преговоре социјалних партнера у контексту дела о дисциплинској одговорности, као и одговорности за штету.

Под пословним информацијама обично се подразумевају информације о имовини и пословне тајне које се односе на начин производње, на пословне планове, финансијске податке везане за буџет, затим листе клијената, заштићене формуле и рецепте, и слично. Ове информације нису доступне широј јавности и њихово саопштавање сматра се противправним. С тим у вези, као посебан облик антиконкурентских клаузула које могу бити како клаузуле у индивидуалним тако и у колективним уговорима о раду, савремено радно право регулише клаузуле о забрани саопштавања поверљивих (пословних) података. Запосленима се, тако, забрањује саопштавање поверљивих информација, с тим да су ове клаузуле ништаве уколико се информације преносе надлежној управној агенцији или државном органу у смислу одредби којима закон пружа заштиту узбуњивачима.³⁶ Било које негативне импликације по радни однос запосленог, укључујући и отказ уговора о раду, у овом случају, такође, не производе правно дејство.³⁷

35 Љ. Ковачевић (2011), 119.

36 Бранко Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2012, 332.

37 *Ibidem*.

Као посебна врста поверљивих података диференцирају се нарочито осетљиви подаци о личности који укључују информације о здравственим карактеристикама запослених, односно кандидата за запослење, затим о брачном и породичном статусу, сексуалном животу, чланству у верским, политичким и синдикалним организацијама. Заштита ових података предвиђена је у општим законима о заштити података о личности, што се има применити и у области рада и запошљавања док се радним законодавством забрањује дискриминација по основу личних карактеристика запослених, односно кандидата за запослење у контексту рада и запошљавања.

V Заштита поверљивости личних података – осврт на домаћу судску праксу

Заштита права на поверљивост личних података у области рада и запошљавања захтева шире радноправно регулисање. Поред послодавца, и запослени су у обавези да поштују право на поверљивост података до којих долазе приликом извршења својих радних обавеза. Потпуније законско регулисање услова за саопштавање личних података неопходно је у контексту заштите права на приватност, при чему се одредбе општег закона о заштити података о личности примењују и у области рада и запошљавања. Принцип информисаног пристања лица на кога се подаци односе оквир је за осигурање заштите права на поверљивост, док се као изузетак јавља заштита јавног интереса, односно права и слобода других лица. Запослени морају да буду обавештени о последицама повреде права на поверљивост личних података других лица, док се радноправне последице повреде ове обавезе ближе регулишу аутономним правним актима, пре свега, кодексима професионалног и етичког понашања на местима рада или колективним уговорима о раду.

У вези са повредом права на поверљивост и последицама такве повреде на радноправни статус запосленог наводимо одлуку³⁸ Апелационог суда у Београду којом је одбијена жалба тужиље на одлуку првостепеног суда, где је потврђено решење донето у дисциплинском поступку, а тужиља оглашена кривом за тежу повреду радне обавезе, при чему јој је изречена дисциплинска мера новчана казна. Наиме, тужиља је као запослена у предшколској установи без одобрења директора доставила податке научноистраживачкој институцији за потребе научноистраживачког

38 Одлука Апелационог суда у Београду, бр. 1360/2014 од 21.05.2014. године.

рада израде докторске дисертације о мајкама које су користиле услуге те установе, а које су ванбрачно родиле. Суд је потврдио да је дошло до повреде чл. 141. ст. 1. Закона о основама система образовања и васпитања,³⁹ односно да је тужилца немарно, односно несавесно извршавала поверене послове. Важећи Закон о раду не садржи одредбе о последицама повреде права на поверљивост података по статус запосленог који је неовлашћено поступао. С тим у вези, поставља се питање да ли саопштавање личних података корисника услуга, односно клијената трећим лицима без одобрења надређеног представља немарно, односно несавесно извршавање послова, као и да ли је, с обзиром на то да Закон о раду не садржи одредбе о поверљивости, одобрење директора довољно за саопштавање података који се односе на сексуални живот, узимајући у обзир то, да је реч о нарочито осетљивим подацима о личности. Наиме, неопходно је указати да сврха заштите података о личности од неовлашћене употребе има за циљ заштиту субјекта података. Дакле, не ради се о повреди података у класичном смислу, већ о повреди лица.⁴⁰ Немарно, односно несавесно извршавање послова треба да доведе до угрожавања легитимних интереса послодавца, док се у контексту поверљивости слобода запосленог процењује као однос његове одговорности према друштву и обавезе лојалности, односно одговорности према послодавцу.⁴¹ У овом случају, интерес послодавца је обезбеђење поверења клијената, као и заштита од одговорности за штету због повреде података о личности, с тим да одобрење директора, као заступника послодавца, када је реч о нарочито осетљивим подацима о личности треба увек да буде праћено информисаним пристанком лица чији се подаци користе. То је и становиште које се заступа у Европској унији, односно осигурање примене општих одредби о заштити података о личности у области рада и запошљавања. Са друге стране, битна је сврха саопштавања података, односно процена евентуалне одговорности запосленог према друштву, где научноистраживачка делатност јесте делатност од општег интереса за развој друштва, с тим да коришћење личних података у ове сврхе мора да буде у складу са етичким нормама заштите идентитета друштвене групе чије се подаци обрађују.

39 Закон о основама система образовања и васпитања, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009.

40 Marija Boban, „Pravo na privatnost i pravo na pristup informacijama u suvremenom informacijskom društvu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, бр. 3/2012, 583.

41 Phillip Blumberg, „Corporate Responsibility and the Employee's Duty of Loyalty and Obedience: A Preliminary Inquiry“, *Faculty Articles and Papers*, бр. 138/1971, 285.

Непотпуно радноправно регулисање заштите поверљивости у области рада и запошљавања доводи до одређених нејасноћа у погледу обавеза и права запослених и покретања питања њихове одговорности, и захтева ближе регулисање ове области у домаћем радном законодавству уз прецизирање услова за обраду података у опште, научноистраживачке, статистичке и историјске сврхе у Закону о заштити података о личности.

VI Закључак

Право на приватност улази у корпус основних људских права, и гарантовано је како изворима права међународног порекла тако и у националним изворима, односно уставним одредбама јавноправног значаја али и посебним законским документима грађанскоправног значаја. Обезбеђење остваривања права на приватност у области рада и запошљавања значајно је са аспекта заштите права достојанства на раду и као „брана“ од прекомерног задирања послодавца у сферу приватног живота радника. Битан аспект остваривања права на приватност јесте осигурање приватности података, из чега се изводи право на поверљивост личних података, као посебно право што је, иначе, потврђено Директивом бр. бр. 95/46/ЕЗ. Право на поверљивост није апсолутно право, већ је засновано на информисаном пристанку, док се у области рада и запошљавања као додатни механизам заштите за даље саопштавање личних података захтева и одобрење надређеног, а све са циљем заштите легитимних интереса послодавца у контексту њихове одговорности. Наиме, преовладајуће је становиште да се опште одредбе о заштити података о личности примењују и у контексту рада и запошљавања, због чега услови за обраду личних података предвиђени у посебним законима о заштити података о личности националних држава треба да се испуне и у случајевима који се односе на коришћење ових података у сфери радних односа. Поред послодавца обавезу осигурања поверљивости личних података имају и запослени, и то како у погледу података других запослених тако и клијента, односно свих трећих лица до којих долазе приликом извршења својих радних обавеза. Повреда права поверљивости основа је за радноправну, односно дисциплинску одговорност запослених, што потврђује и домаћа судска пракса, уз могућност покретања питања грађанскоправне одговорности за штету када и послодавац може одговарати. Ближе законско регулисање услова за саопштавање личних података у контексту рада и запошљавања неопходно је како би се спречиле негативне последице по статус запослених, осигурала заштита интереса послодавца, заштитила приватност грађана, али и обезбедило остваривање ширег, јавног, одно-

сно интереса друштва у ком случају се предвиђају изузеци од апсолутне заштите поверљивости података појединца.

Sanja Stojković-Zlatanović, PhD

Research assistant at the Institute of social science, Belgrade

Beti Lazarević, LL.M

Senior assistant at the Court of appeal, Niš

CONFIDENTIALITY OF PERSONAL DATA – IMPLICATION TO EMPLOYEES' STATUS FROM THE STANDPOINT OF JURISPRUDENCE

Summary

Protection of personal data represents a part of privacy issues where violation of confidentiality have an impact on working status of employees'. Having said that, the regulation of conditions for disclosing a personal data which have been collected as a part of working assignment of employee's is pointed out. The paper deals with the concept of right to privacy and confidentiality of personal data in contemporary labour law, differentiating types of confidential information in the context of labor relations and stresses the necessity of labor law regulation of disclosure of personal data, taking into account the principle of informed consent, the legitimate interests of the employer, the public interest, and respect of the rights and freedoms of others as well.

Key words: *right to privacy, personal data protection, confidentiality of personal data, implication to work relation.*

Др *Велисав* МАРКОВИЋ
ванредни професор, Факултет здравствених, правних
и пословних студија из Ваљева, Универзитет Сингидунум

ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА ПО ОСНОВУ ПРЕСТАНКА ПОТРЕБЕ ЗА РАДОМ ЗАПОСЛЕНОГ У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Резиме

Послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла. Приликом отказа уговора о раду послодавац мора правилно дефинисати основ отказа, а затим и спровести законито поступак давања отказа. У циљу законитог поступања послодаваца и отклањања правне неизвесности при примени прописа аутор анализира судску праксу у примени овог института у општем режиму радних односа, уочава могуће спорне ситуације и даје предлог решења.

Кључне речи: *престанак радног односа, отказ уговора о раду, престанак потребе за радом, технолошки вишак, судска пракса.*

І Увод

Запосленом може да престане радни однос ако за то постоји оправдан разлог који се односи на потребе послодавца, и то ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла.¹ Оправданим разлогом за отказ уговора о раду сматрају се и разлози који се односе на потребе послодавца, што је у духу конвенције МОР-а број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца.

1 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, чл. 179. ст. 5. тач. 1.

Основ престанка радног односа су правне чињенице за које закон везује разлоге за престанак радног односа (околности због којих радни однос престаје). Основ, односно разлог за престанак радног односа мора постојати и мора бити утврђен у сваком конкретном случају престанка радног односа.²

Запосленом – особи са инвалидитетом и запосленом са здравственим сметњама, утврђеним од стране надлежног здравственог органа у складу са законом, који не може да обавља послове који би изазвали погоршање његовог здравственог стања или последице опасне за његову околину, послодавац је дужан да обезбеди обављање послова према радној способности, у складу са законом.³ Ако послодавац не може запосленом да обезбеди одговарајући посао, запослени се сматра вишком.⁴

Отказ уговора о раду је резидуална мера која може да уследи ако ниједна од мера запошљавања није довела до резултата.⁵

Једнако поступање судова тј. доношење увек истих пресуда за истоветне случајеве назива се судском праксом. Иако у нашем праву судска пракса није извор права она има снагу фактичког извора права и изузетно је важна за поштовање начела једнакости.⁶ Има мишљења да је судска пракса у садашњој фази развоја нашег права супсидијарни извор права, после закона.⁷

Примена права у пракси тј. остваривање права је итекако важно, јер је за правни саобраћај много важније оно што је учињено, од онога што би требало да буде учињено. Остваривање права је показатељ стања датог права, због чега оно може да послужи као поуздан основ за његову аргументовану начуну критику.⁸

У раду аутор анализира судску праксу у примени института престанка потребе за радом запосленог у општем режиму радних односа, уочава могуће спорне ситуације и даје предлог решења.

2 Предраг Јовановић, *Радно право*, Нови Сад, 2012, 318.

3 Закон о раду, чл. 101.

4 Закон о раду, чл. 102. ст. 2.

5 Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2014, 414.

6 Драган Митровић, *Основи права*, Београд, 2006, 190-191. Тако и *Vetustas vicem legis optinet* (*Sec. Scaevola – D. 39. 26*) – дуготрајна пракса добија снагу закона.

7 Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1991, 78.

8 Д. Митровић, 244.

II Престанак потребе за обављањем послова

Технолошке, економске и организационе промене (које проф. Ивошевић назива структурне промене) морају бити дефинисане и идентификоване. Структурне промене могу бити одређене по карактеру, обиму, времену и последицама. Према карактеру могу бити технолошке, економске и организационе. Због значаја који имају структурне промене заслужују да буду представљене у елаборату који претходи програму решавања вишка запослених.⁹

Овај отказ се приписује послодавцу, због чега отпуштени запослени стиче права по основу осигурања за случај незапослености, као и друга права – тзв. отпремнину, предност при запошљавању код истог послодавца ако овај у краћем року по отпуштању прибегава запошљавању на истим пословима.¹⁰ Тако и судска пракса „примање у радни однос новог запосленог на истим пословима пре истека рока значи да отказни разлог у виду престанка потребе за обављањем одређених послова није ни постојао“.¹¹

Ради заштите својих права из радног односа запослени може покренути спор пред надлежним судом. Може се поставити питање шта све цени суд у спору поводом отказа уговора о раду по основу престанка потребе за радом запосленог.

У судској пракси заузет је став, који сматрам исправним, да „суд у радном спору не може да цени целисходност и оправданост спровођења организационих и економских промена, јер то спада у аутономну и самосталну област деловања предузећа“.¹² Затим, „суд је овлашћен да цени да

9 З. Ивошевић, М. Ивошевић, 311.

10 Бранко Лубарда, *Увод у радно право*, Београд, 2015, 293-294. Одредбом члана 182. Закона о раду је прописано „Ако откаже уговор о раду запосленом у наведеном случају, послодавац не може на истим пословима да запосли друго лице у року од три месеца од дана престанка радног односа, осим у случају ако је запосленом отказао уговор о раду зато што није могао запосленом особи са инвалидитетом и запосленом са здравственим сметњама да обезбеди обављање одговарајућих послова према радној способности. Ако пре истека од три месеца настане потреба за обављањем истих послова, предност за закључивање уговора о раду има запослени коме је престао радни однос“.

11 Из пресуде Општинског суда у Лазаревцу, ПП. 180/03 од 3. 9. 2004. године, пресуде Окружног суда у Београду, Гж1. 245/05 од 2. 2. 2005. године и пресуде Врховног суда Србије, Рев. 993/05 од 9. 2. 2006. године, *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 73/2006.

12 Из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1667/13 од 10. 02. 2014. године. Има и супротних одлука: „Правилан је закључак првостепеног суда да је тешка финансијска ситуација туженог обустављањем субвенција Града Н.С. као оснивача и настали губитак у пословању разлог за оправданост предузетих мера рационализације код туженог и основ за доношење

ли су разлози за отказ запосленом због престанка потребе за радом запосленог заиста били оправдани и да ли је послодавац отказао запосленом уговор о раду на законом прописан начин¹³.

У пракси приликом одлучивања о престанку потребе за радом запослених послодавац може али не мора донети одлуку о престанку потребе за радом запосленог након чега обавезно доноси решење о отказу уговора о раду. Може се поставити питање да ли је потребно побијати на суду и одлуку о престанку потребе за радом запосленог.

„У процедури давања отказа по основу технолошког вишка, закон не предвиђа обавезу послодавца да донесе одлуку о престанку потребе за радом запосленог, нити двостепеност у одлучивању. Међутим, послодавац може такве одлуке донети из разлога целисходности, али су оне деклараторног карактера. За разлику од њих одлука о отказу уговора о раду је конститутивни акт и оцена законитости тог акта је неизбежна, јер је прописана законом, уколико запослени покрене спор пред надлежним судом“¹⁴.

У погледу престанка потребе за обављањем одређеног посла или смањења обима посла као оправдан разлог отказа треба разликовати правни режим индивидуалног и колективног отпуштања.

III Правни режим индивидуалног отказа уговора о раду

Правни режим индивидуалног отказа не подразумева обавезу послодавца да сачини посебан програм нити да консултује синдикат или надлежну јавну власт (Националну службу за запошљавање), али остаје дужан да наведе у писаном облику разлоге отказа.¹⁵

Структурне промене код послодавца у пракси се најчешће реализују изменом Правилника о организацији и систематизацији послова.¹⁶

одговарајућег акта о систематизацији“. Из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж1. 88/14 од 30. 01. 2014. године, доступно на <http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa/119-radno-pravo>, 02. 02. 2017.

13 Из решења Врховног суда Србије, Рев II. 418/05 од 26. 5. 2005. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 4/2005.

14 Из пресуде Општинског суда у Нишу, П1. 2322/02 од 24. 5. 2005. године и решења Врховног суда Србије, Рев2. 449/06 од 29. 3. 2006. године, *Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу*, бр. 22/2006.

15 Б. Лубарда, 297.

16 Што не мора увек бити случај. Тако „када је дошло до стварног престанка потребе за радом запослених због организационих промена, тада нема потребе за доношењем општег акта о

При томе треба водити рачуна да се отказ уговора о раду може дати тек након ступања на снагу измењеног Правилника.¹⁷ Да би општи акт ступио на снагу он претходно треба да буде објављен и по правилу ступа на снагу осмог дана од дана објављивања.¹⁸

Уколико је новим Правилником о систематизацији радних места укинута радно место запосленог који је проглашен вишком, а који је једини био распоређен на то радно место, ситуација није спорна. До спора може доћи у ситуацији ако се проглашава вишком један запослени, а ради се о смањењу извршилаца на одређеном радном месту. У том случају, иако се не прави Програм решавања вишка запослених, морају се применити критеријуми за одређивање вишка запослених. „Без примене критеријума незаконито је одређивање технолошког вишка једног запосленог, од више извршилаца на истом радном месту“.¹⁹ Послодавац самостално одлучује које ће критеријуме применити. Општи колективни уговор²⁰ који је био на снази 2008-2011. године предвиђао је критеријуме за одређивање вишка запослених (резултати рада, имовно стање запосленог, број чланова породице који остварује зараду, дужина радног стажа, здравствено стање запосленог и чланова његове уже породице, број деце на школовању). Ове критеријуме многи послодавци преузимају, уграђују у своје аутономне акте и даље користе. Обавезујући за послодавца могу бити само критеријуми утврђени посебним колективним уговором који се примењује на послодавца.²¹

организацији и систематизацији“. Из пресуде Апелационог суда у Београду, Гж. 2827/14 од 17. 9. 2014. године, доступно на: <http://propisionline.com/Practice>, 08. 02. 2017.

17 „Правилник о систематизацији није објављен, што значи да није ступио на правну снагу, он као такав не може производити дејство, па ни решење о престанку радног односа тужиоцу, које је донето на основу таквог акта, не може бити законито“. Из пресуде Апелационог суда у Београду Гж1. бр. 788/14 од 09. 07. 2014. године, из архиве аутора.

18 Члан 196. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

19 Из пресуде Врховног касационог суда, Рев. 73/10 од 14. 4. 2010. године, *Правни информатор*, бр. 7-8/2010. Тако и „Околност да послодавац, због броја запослених којима је отказивао уговоре о раду, није био дужан да доноси програм решавања вишка запослених, послодавац не ослобађа обавезе да у образложењу одлуке о отказу уговора о раду наведе разлоге који су га определили да у случају смањења броја извршилаца откаже уговор раду одређеном запосленом“, из пресуде Апелационог суда у Београду, Гж1. 3839/14 од 22. 04. 2016. године, *Билтен Првог основног суда у Београду*, бр. 1/2016.

20 *Службени гласник РС*, бр. 50/2008, 104/2008 – Анекс и 8/2009 – Анекс II

21 Утврђене критеријуме има: Посебан колективни уговор за хемију и неметале Србије, *Службени гласник РС*, бр. 77/2016, Посебан колективни уговор за државне органе, *Службени гласник РС*, бр. 25/2015, 50/2015.

Може се поставити питање да ли је послодавац дужан да запосленог који је проглашен вишком распореди на друге одговарајуће послове уколико су упражњени. С тим у вези став судске праксе је „када послодавац због престанка потребе за радом запосленог на одређеним пословима има могућност да запосленог распореди на други одговарајући посао, тада је дужан да примени правила о измени уговорених услова рада“.²²

Питање које се може појавити као спорно је и да ли запослени може бити проглашен за вишак у ситуацији када је посебним законом прописана обавеза запошљавања на тим пословима? На пример, Законом о банкама²³ у члану 85. став 4. и Законом о рачуноводству и ревизији²⁴ у члану 4. прописано је да банка има најмање једног запосленог који има звање утврђено законом којим се уређује ревизија, тј. звање овлашћени ревизор или овлашћени интерни ревизор, као и да је непоштовање ове обавезе у супротности са Законом о банкама. У овој ситуацији, по мом мишљењу, запослени не може бити проглашен вишком из разлога што „ако је у време када је запослени проглашен вишком постојала потреба за послове за које је запослени испуњавао услов, нема услова да се он огласи технолошким вишком“.²⁵

Како послодавац након отказа уговора о раду по основу престанка потребе за радом запосленог не може на истим пословима да запосли друго лице у року од три месеца од дана престанка радног односа може се као спорна ситуација јавити питање да ли послодавац за те послове може ангажовати друго правно лице или предузетника. Судска пракса је ту дала правилан одговор: „чињеница да је тужени послове радног места тужиље поверио књиговодственој агенцији не утиче на законитост решења о престанку радног односа, из разлога што тужени није прекршио забрану из чл. 182. Закона о раду која се односи на пријем нових радника на исте послове на којима је радила тужиља а што се у конкретном случају није догодило. Спровођење организационих, економских и технолошких промена спада у аутономну и самосталну област деловања предузећа, па није у надлежности суда да цени и испитује целисходност и оправданост промена јер се ради о питању унутрашње организације туженог и

22 Из пресуде Апелационог суда у Београду, Гж1. 1769/12 од 16. 5. 2012. године, *Правни информатор*, бр. 4/2013.

23 *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010, 14/2015.

24 *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 111/2009, 99/2011.

25 Из решења Апелационог суда у Београду, Гж1. 5001/2010 од 14. 6. 2010. године, извор: *ParagrafLex*.

променама које су имале за циљ евентуално смањење трошкова или разлоге функционалности“.²⁶

Овде је посебно битно напоменути да иако послодавац након отказа уговора о раду због престанка потребе за радом запосленог не може у року од три месеца запослити на истим пословима друго лице исти може радно ангажовати друго лице по основу уговора без заснивања радног односа. Тако „чињеница да је тужилац након отказа уговора о раду тужиоца примао извршиоце по основу уговора о привременим и повременим пословима не утиче на законитост решења о престанку радног односа, из разлога јер се забрана из чл. 182 Закона о раду односи на пријем нових радника на исте послове на којима је радио тужилац, а што се у конкретном случају није догодило“.²⁷

IV Правни режим колективног отказа уговора о раду

Послодавац је дужан да донесе програм решавања вишка запослених ако утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена у оквиру периода од 30 дана доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време, и то за најмање:

- 1) десет запослених код послодавца који има у радном односу више од 20, а мање од 100 запослених на неодређено време;
- 2) 10% запослених код послодавца који има у радном односу најмање 100, а највише 300 запослених на неодређено време;
- 3) 30 запослених код послодавца који има у радном односу преко 300 запослених на неодређено време.

26 Из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж 1. 1088/14 од 16. 10. 2014. године, тако и „економски разлози туженог за укидањем радног места на којем је радио тужилац и ангажовање за обављање послова из домена тог радног места, стручних лица ван реда запослених, представља право туженог. Право туженог је да ради економичности у пословању односно рационализације трошкова, ангажује она лица за која сматра да ће исти посао обављати рационалније него да имају запосленог у предузећу за те послове, те да ће на тај начин остварити уштеду у пословању“, из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж1. 1667/13 од 10. 02. 2014. године, доступно на: <http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa/119-radno-pravo>, 02. 02. 2017.

27 Из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж1. 2194/13 од 29. 10. 2013. године против које је одбијена као неоснована ревизија одлуком Врховног касационог суда Србије, Рев2 421/2014 од 16. 10. 2014. године, доступно на: <http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa/119-radno-pravo>, 02. 02. 2017.

Програм је дужан да донесе и послодавац који утврди да ће доћи до престанка потребе за радом најмање 20 запослених у оквиру периода од 90 дана, без обзира на укупан број запослених код послодавца.²⁸

Послодавац је дужан да, пре доношења програма, у сарадњи са репрезентативним синдикатом код послодавца и републичком организацијом надлежном за запошљавање, предузме одговарајуће мере за ново запошљавање вишка запослених.²⁹ Програм решавања вишка запослених нарочито садржи:

- 1) разлоге престанка потребе за радом запослених;
- 2) укупан број запослених код послодавца;
- 3) број, квалификациону структуру, године старости и стаж осигурања запослених који су вишак и послове које обављају;
- 4) критеријуме за утврђивање вишка запослених;
- 5) мере за запошљавање: премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, непуно радно време али не краће од половине пуног радног времена и друге мере;
- 6) средства за решавање социјално-економског положаја вишка запослених;
- 7) рок у коме ће бити отказан уговор о раду.

Послодавац је дужан да предлог програма достави синдикату и републичкој организацији надлежној за запошљавање, најкасније осам дана од дана утврђивања предлога програма, ради давања мишљења. Програм у име и за рачун послодавца доноси надлежни орган код послодавца, односно лице утврђено законом или општим актом послодавца.³⁰

Послодавац је дужан да примењује критеријуме за утврђивање вишка запослених које је предвидео Програмом решавања вишка запослених. „Непримењивањем критеријума на начин како је то предвиђено програмом тужена је приликом доношења оспореног решења поступајући супротно одредбама донетог програма решавања вишка запослених код тужене, донела незакониту одлуку“.³¹ Тако и „како у побијаној одлу-

28 Закон о раду, чл. 153.

29 Закон о раду, чл. 154.

30 Закон о раду, чл. 155.

31 Из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж1. 255/15 од 4. 3. 2015. године, из архиве аутора.

ци којом је тужиоцу престао радни однос код туженог није наведено које критеријуме је тужени вредновао приликом одабира радника који ће остати у радном односу код туженог на истом радном месту на коме је и тужилац био у конкретном случају није постојао оправдан разлог за престанак радног односа тужиоцу у смислу члана 179. тачка 9. Закона о раду те је првостепени суд правилном применом материјалног права решење којим је тужиоцу престао радни однос поништио као незаконито.³²

Може се као спорно поставити питање да ли послодавац може да откаже уговор о раду запосленом на основу Програма решавања вишка запослених и пре измене Правилника о систематизацији радних места. Мислим да је судска пракса дала правилан одговор: „У ситуацији када је код туженог већ био донет програм решавања вишка запослених, у коме је констатовано да је тужилац један од радника којима по овом основу престаје радни однос, доношење побијаног решења пре ступања на снагу новог Правилника којим је смањен број извршилаца, не чини решење незаконитим, јер је исти донет у складу са одлуком управног одбора туженог о покретању поступка решавања вишка запослених, након чега је донет и Програм за решавање вишка запослених“.³³

Може се у пракси поставити питање и правног статуса запосленог који добровољно прихвати социјални програм, односно које се правне норме примењују у том случају. Врховни суд Србије је заузео став да запосленом за чијим радом је престала потреба радни однос престаје споразумом – прихватањем понуде из социјалног програма или отказом – по исплати отпремнине, обзиром да се аутохтони (споразумни) начин престанка радног односа и правни (законски) режим отказивања радног односа, искључују.³⁴

V Исплата отпремнине

Послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду запосленом исплати отпремнину чија се висина утврђује општим актом или уговором о раду, с тим што не може бити нижа од збира трећине зараде

32 Из пресуде Апелационог суда у Новом Садру, Гж1. 1997/14 од 28. 07. 2014. године, доступно на: <http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa/119-radno-pravo>, 02. 02. 2017.

33 Из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж1. 2227/12 од 24. 10. 2012. године, доступно на <http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa/119-radno-pravo>, 02. 02. 2017.

34 Из решења Врховног суда Србије, Рев2 906/05 од 07. 07. 2005. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 4/2005.

запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу код послодавца код кога остварује право на отпремнину.³⁵

Исплата отпремнине је услов престанка радног односа због престанка потребе за радом запосленог. Међутим „решење о престанку радног односа није незаконито само из разлога што је исплата отпремнине извршена након датума означеног као моменат престанка радног односа, ако је запослени примио отпремнину пре подношења суду тужбе за поништај решења о престанку радног односа“.³⁶

Питање које се може поставити је у ситуацији када износ отпремнине није правилно обрачунат, а исти је наведен у решењу о престанку радног односа, да ли запослени мора да поднесе тужбу ради поништаја решења у том делу или не, односно да ли може да потражује разлику новчаног износа без поништаја решења послодавца. У пракси Апелациони суд у Београду је био мишљења да је правноснажно решење којим је утврђено право на отпремнину и обим тог права од значаја за остваривање права на отпремнину.³⁷ Међутим, Врховни касациони суд у Београду је заузео правни став да тужилац није преклудирани у праву да захтева исплату отпремнине у већем износу од оног који је утврђен коначним и правноснажним решењем о престанку радног односа.³⁸

Веома битно питање које се даље у пракси поставило је да ли се запослени може одређи права на отпремнину по овом основу, као и да ли се може одређи права на судску заштиту по овом основу. У пракси послодавци су на разне начине покушавали да запосленог прогласе за „технолошки вишак“, откажу му уговор о раду али без исплате отпремнине. У ту сврху послодавци су са запосленима најчешће закључивали споразум о одрицању од отпремнине у целини или делимично. Услед тога у судској пракси се појавио велики број спорова по овом питању, а судска пракса је заузимала различите ставове.³⁹

35 Закон о раду, чл. 158. Зарадом у наведеном смислу сматра се просечна месечна зарада запосленог исплаћена за последња три месеца која претходе месецу у којем се исплаћује отпремнина (чл. 159).

36 Из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 3203/13 од 12. 12. 2014. године, доступно на <http://propisionline.com/Practice>, 01. 02. 2017.

37 Пресуда Апелационог суда у Београду Гж.1. 1095/10 од 10. 3. 2010. године, *Правни информатор*, бр. 5/2010.

38 Сентенца из решења Врховног касационог суда РевII 399/10 од 29. 12. 2010. године, утврђена на седници Грађанског одељења 12. 03. 2012. године, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2012.

39 Види више у: Велисав Марковић, „Исплата отпремнине због отказа уговора о раду услед технолошког вишка“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 11/2014, 672-681.

Основно питање које се поставља је да ли се запослени може одређи права на отпремнину или права на део отпремнине, као и да ли се може одређи права на судску заштиту по том основу. Судови су прво заузели став да се запослени може одређи права на отпремнину и да је то право облигационо-правне природе. Заузет је став да је отпремнина новчано потраживање кога се запослени може одређи, користећи се институтом отпуштања дуга из члана 344. Закона о облигационим односима. Према наведеној одредби Закона за пуноважан престанак обавезе потребна је изјава повериоца дужнику да неће тражити њено испуњење и да се са тим дужник сагласи.⁴⁰

Међутим, с тим у вези Уставни суд Србије је заузео правни став да давањем изјаве којим се одриче права да судским путем тражи своја права из радног односа, па и права на неисплаћену отпремнину као једне од законом утврђених мера заштите запослених за чијим је радом престала потреба, запослени се у суштини одрекао неотуђивог права на правну заштиту поводом престанка радног односа.⁴¹ Уставни суд је става да да се сагласно члану 60. став 4. Устава Републике Србије ради о праву кога се нико не може одређи, те да се не може вршити отпуст дуга према послодавцу, јер је то противно принудним прописима.⁴² Међутим, и поред наведене одлуке Уставног суда, након доношења исте, Апелациони суд у Београду је заузео став да се запослени као поверилац може одређи само од тачно одређеног новчаног износа отпремнине у ком смислу може отпустити дуг, али се не може одређи од приступа суду нити му се може створити обавеза да повуче тужбу, па и када сам то уговори.⁴³ Супротно,

40 Пресуда Четвртог општинског суда у Београду ПП. бр. 1423/05 од 23. 12. 2005. године, пресуда Окружног суда у Београду Гж. 1. 1798/06 од 21. 06. 2007 године и пресуда Врховног суда Србије Рев. 82/08 од 24. 04. 2008. године, *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 78/2008.

41 Одлука Уставног суда Републике Србије Уж. бр. 177/2007 од 04. 06. 2009. године, *Билтен Апелационог суда у Београду*, бр. 1/2010.

42 Тим поводом је у одлуци Уставног суда Уж. бр. 33/2007 од 19. марта 2009. године изражено следеће правно схватање: „Одредбом члана 60. став 4. Устава је, поред осталог, утврђено да се нико не може одређи права на правну заштиту за случај престанка радног односа. С обзиром на то да исплата отпремнине представља један од законом утврђених облика правне заштите запослених у случају престанка радног односа, подносилац уставне жалбе се тог права није могла одређи.“ Доступно на: <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/299/?NO-LAYOUT=1>, 10. 12. 2013. Види и Драгиша Слијепчевић, „Уставна жалба у функцији заштите права из радних односа“, Зборник радова *Извори, остваривање и заштита права из радног односа*, редактор Зоран Ивошевић, Глосаријум, 2009, 65.

43 Пресуда Апелационог суда у Београду 6510/10 од 13. 10. 2010. године, *Билтен Апелационог суда у Београду*, бр. 2/2011.

Апелациони суд у Новом Саду је заузео правни став да одрицање нема правног дејства, односно нико се не може одрећи права на правну заштиту за случај незапослености у складу са одредбом члана 60. став 4. а у вези члана 18. Устава РС.⁴⁴ С тим у вези је правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда који каже да „запослени се не може одрећи права на отпремнину, нити износа који је утврђен у решењу о престанку радног односа. Уз поштовање рокова застарелости запослени може да остварује право на разлику у погледу исплаћене отпремнине“.⁴⁵

VI Закључци

Из свега изнетог у раду поводом примене прописа о отказу уговора о раду због престанка потребе за радом запосленог, ради отклањања нејасноћа и спорних ситуација, могу се извести следећи закључци:

- примање у радни однос новог запосленог на истим пословима пре истека рока од три месеца значи да отказни разлог у виду престанка потребе за обављањем одређених послова није ни постојао и отказ уговора о раду ће бити незаконит,

- суд у радном спору не може да цени целисходност и оправданост спровођења организационих и економским промена, јер то спада у аутономну и самосталну област деловања послодавца,

- суд је овлашћен да цени да ли су разлози за отказ запосленом због престанка потребе за радом запосленог заиста били оправдани и да ли је послодавац отказао запосленом уговор о раду на законом прописан начин,

- у судском спору суд цени законитост одлуке о отказу уговора о раду а не законитост одлуке о престанку потребе за радом запосленог,

- у случају давања отказа уговора о раду након измене правилника о систематизацији радних места решење о отказу уговора о раду се може дати тек након ступања на снагу измена правилника о систематизацији,

44 Из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Gžl. 2640/12 од 24. 09. 2012. године, <http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa/259-gz1-2640-12>, 18. 01. 2013.

45 Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда Србије, усвојен на седници од 18. 06. 2016. године, *Актуелна судска пракса из разних области права*, Пословни биро, Београд, бр. 4/2016, 13. Види и пресуду Врховног касационог суда Србије, Рев2 1494/10 од 27. 05. 2010. године, доступно на: <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev2-149410-otkaz-ugovora-o-radu-tehno-lo%C5%A1ki-vi%C5%A1ak>, 09. 02. 2017.

- ако се проглашава вишком један запослени, а ради се о смањењу извршилаца на одређеном радном месту, морају се применити критеријуми за одређивање вишка запослених иако нема обавезе доношења програма решавања вишка запослених,

- ако је посебним законом прописана обавеза запошљавања на одређеним пословима лице које је запослено на тим пословима не може бити проглашено за вишак,

- након отказа уговора о раду по основу престанка потребе за радом запосленог послодавац за те послове може ангажовати друго правно лице, предузетника или ангажовати лице по основу уговора о радном ангажовању без заснивања радног односа без поштовања рока од три месеца,

- послодавац је дужан да примењује критеријуме за утврђивање вишка запослених које је предвидео Програмом решавања вишка запослених, као и да образложи примену критеријума,

- запослени није преклудирани у праву да захтева исплату отпремнине у већем износу од оног који је утврђен коначним и правноснажним решењем о престанку радног односа,

- запослени се не може одрећи права на отпремнину, нити износа који је утврђен у решењу о престанку радног односа. Уз поштовање рокова застарелости запослени може да остварује право на разлику у погледу исплаћене отпремнине,

- запосленом за чијим радом је престала потреба радни однос може престати споразумом – прихватањем понуде из социјалног програма или отказом – по исплати отпремнине.

Velisav MARKOVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Health, Legal and Business Studies Valjevo Singidunum University of Belgrade

TERMINATION OF EMPLOYMENT DUE TO LACK OF NEEDS FOR WORK OF EMPLOYEE IN JURISPRUDENCE

Summary

Employer may cancel the contract on employment if due to technological, economic or organizational changes a particular job becomes redundant, or the workload has been reduced. At cancellation of the contract on employment,

the employer must properly define the basics of cancellation and then carry out proper lawfully process of dismissal. In order to achieve lawful actions of employers and to eliminate legal uncertainty in the application of regulations, the author analyzes the jurisprudence in practical use of this institution in labor relations, notes possible contentious situations, and proposals for solutions.

Key words: *cancellation of employment, cancellation of employment contract, termination of the need for working force, redundant, jurisprudence.*

Др Весна СТОЈАНОВИЋ

сарадник Високе школа струковних студија за економију и управу

ПРАВНИ ОКВИР ЕКОНОМСКЕ И СОЦИЈАЛНЕ СИГУРНОСТИ ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ

Резиме

У раду су приказане уставне основе социјалне сигурности грађана Републике Србије, посебно кроз социјално–економски положај особа са инвалидитетом. Базични принципи заштите ових особа потврђени и у међународним конвенцијама које су донеле ILO, ЕУ и друге глобалне и регионалне организације. У нашем правном систему социјалну сигурност особе са инвалидитетом остварују применом многобројних закона и подзаконских аката. Доминантну заштиту пружају прописи којима се штите особе са инвалидитетом од дискриминације као и заштита при запошљавању, заштита при остваривању права на рад, права на пензијско и инвалидско осигурање, и друга многобројна права.

Кључне речи: *Устав и социјална сигурност, особе са инвалидитетом, правна заштита особа са инвалидитетом, права из инвалидског осигурања.*

І Уводна разматрања о термину социјалне сигурности

У савременим друштвима, заштита од ризика који угрожавају економску сигурност човека остварује се у оквиру система социјалне сигурности, које државе успостављају и организују у име друштвене солидарности. Социјална сигурност представља систем заштите коју одређена држава организује, са циљем да сваком појединцу обезбеди приступ здравственој заштити и сигурности прихода у случају губитка или умањења способности за рад или знатнијег увећања трошкова, услед наступања социјалних ризика. Синтагми „социјална сигурност“, поред политичког значења, почињу да се приписују и правно, и економско и друго значење – зависно од тога који би аспект социјалне сигурности био ис-

такнут у одређеном случају. Тако схваћена социјална сигурност обезбеђује услове за опстанак, достојан живот и стабилан и самосталан развој појединца, због чега се може сматрати важним инструментом социјалне кохезије и гарантом социјалне правде.¹

Систем социјалне сигурности на планетарном нивоу карактеришу два модела, Бизмарков или Бевериджов модел. Тенденција ширења обавезне заштите од социјалних ризика на целокупно становништво у државама у којима је традиционално имплементиран Бизмарков модел није довела до развоја јединствених националних система социјалне сигурности. Уместо тога, системи социјалне сигурности ових држава, по правилу, обухватају више аутономних законских режима социјалне сигурности. Са друге стране, у државама са Бевериджовим моделом социјалне сигурности функционишу универзални системи социјалне сигурности, који гарантују основну заштиту за целокупно радно-активно становништво или за све становнике. У складу са тим, системима ових држава није својствено фрагментирање у више режима, нити се у оквиру система прави било каква структурна или организациона разлика између појединих социо-професионалних категорија.²

Готово све државе света поседују један одговарајући систем који је усмерен на остваривање социјалне сигурности својих грађана, посебних друштвених група, али и појединаца у одређеним случајевима.³ Понекад се социјална сигурност везује само за остваривање сигурних материјалних услова за живот и рад, а понекад за стања која се обично називају социјални ризици и који могу да настану у животу појединца или друштвених група, а некада и читавих делова друштвене заједнице. Укратко, социјална сигурност би морала да представља мотив социјалне политике, али и циљ социјалног права.⁴

1. Социјално право

У науци не постоји сагласност о значењу термина: социјално право, право социјалне сигурности, право социјалног осигурања, право со-

1 Љубинка Ковачевић, *Нормирање социјалне сигурности у међународном праву*, магистарска теза одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, 2007, 12.

2 Љ. Ковачевић (2007), 113.

3 Александар Петровић, „Социјална сигурност и људско достојанство“, *Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*, бр. 1/2008, Београд, 2008, 455-480.

4 Радоје Брковић, Бојан Урдаревић, Александар Антић, *Практикум за Радно и социјално право*, Правни факултет у Крагујевцу, 2016, 365.

цијалне заштите, право социјалног обезбеђења, социјално старање, социјално обештећење. Уже схватање израза социјално право се користи у немачком праву и обухвата право социјалног осигурања и социјалне заштите. Шире схватање термина социјално право се јавља у француској (романској) теорији и укључује радно право, право социјалне сигурности и социјалне помоћи (чак и право заштите човекове средине). У земљама (*common law*) система синтагма социјално право се готово и не користи, а у употреби су термини право социјалне сигурности (*Social security law*), право социјалне заштите (*Social protection law*), а у ширем смислу и право државе благостања (*Welfare law; Welfare-state-legislation*).

Социјално право се може одредити као скуп јавноправних норми којима се, као израз (професионалне или националне) солидарности, обезбеђује економска и социјална сигурност лица у стању социјалне потребе, односно лица код којих наступи осигурани случај (социјални ризик), којим се уређују односи између појединаца и јавне власти, односно јавних установа (носила социјалног осигурања или установа социјалне заштите).⁵ Социјалним ризицима су изложени сви чланови друштва. То је догађај или неприлика која може да задеси човека у току рада и живота а коју човек тешко може сам да превазиђе без организоване помоћи и интервенције.⁶ Из тог разлога је оправдано постојање социјалног осигурања. Оно треба да омогући анулирање (потпуно или делимично) последица наступелог социјалног ризика. Наступање социјалног ризика угрожава нормално задовољавање потреба или ствара нове потребе на страни осигураника. Под социјалним ризиком можемо подразумевати (случајем) правним прописима и другим актима утврђено стање, догађај или појаву, односно опасност од њиховог наступања, која има или може имати одређене и друштвене социјално–материјалне, здравствено-биолошке, психолошке и правне последице, а у вези са којим осигураници, осигурана лица, поједини органи и организације, имају тим прописима и актима утврђена права, обавезе и одговорности у смислу превенције или отклањања последица.⁷ Социјални ризици се могу поделити на разне начине. Најзначајнија подела односи се на ризике: а) повреда на раду; б) болест; в) професионална болест; г) инвалидност; д) телесно оштећење; ђ) трудноћа и материнство; е) издржавање породице; ж) старост; з) смрт и и) незапосленост. Углавном се и гране социјалног осигурања деле на уже це-

5 Бранко А. Лубарда, *Увод у радно право*, 4 издање, Београд, 2016, 439.

6 Предраг Јовановић, *Радно право*, 7. издање, Нови Сад, 2015, 417.

7 Сенад Јашаревић, *Социјално право*, Правни факултет у Новом Саду, 2015, 4.

лине које се разликују према природи ризика које покривају и према врсти права која се обезбеђују осигураним лицима. Систем социјалног осигурања може се поделити на: 1. здравствено осигурање; 2. пензијско и инвалидско осигурање; 3. осигурање за случај незапослености.⁸

Може се рећи да је „социјално право скуп норми којима се регулишу одређени друштвени односи који се успостављају поводом пружања социјалних престаџија одређеним лицима у случајевима кад за то постоји (индивидуална, групна или друштвена) потреба.⁹ Термин социјално право укључује право социјалног осигурања/сигурности, Социјално право је скуп норми којима се обезбеђују права из социјалног осигурања, социјалне заштите, заштите деце и права бораца, ратних војних и цивилних инвалида и жртава рата.¹⁰

2. Циљ социјалног права

Потпуно је прихватљиво становиште да је циљ социјалних права да очувају достојанство на раду (индивидуална и колективна права запослених), односно очување достојанственог нивоа/стила живота, приступ средствима неопходним за достојанствен рад: приступ запошљавању; приступ правима по основу социјалног осигурања/сигурности приступ правима по основу социјалне заштите – приступ услугама/установама социјалне заштите, како би се омогућила социјална интеграција појединаца (породица); приступ правима по основу борачке заштите, заштите војних и цивилних жртава рата.¹¹

Треба посено наласити да се у последњих деценију и више појављује све већи број ситуација у животима људи/запослених (а и оних који то нису), који „упадају“ у нове, до данас не препознате ризике, које можемо да прикључимо ризицима из области социјалног осигурања односно социјалне заштите, што заслужује даљу детаљну бригу стручне и научне јавности.

8 Р. Брковић, Б. Урдаревић, А. Антић, 366–367.

9 Боривоје Шундерић, *Социјално право*, 2009, 10.

10 Боривоје Шундерић, „Тезе о економском и социјалном праву“, *Радно и социјално право*, бр. 1-3/2003, 73-74.

11 Александар Петровић, *Међународни стандарди рада*, Ниш, 2009, 1.

II Устав Републике Србије као извор система социјалне сигурности грађана

Устав представља највиши правно–политички акт једне државе. Уставом се постављају основе социјално–економског уређења као и социјалне сигурности, утврђују извори социјалног права, надлежни субјекти и механизми заштите права. Свакако најзначаји члан Устава¹² који уређује право на социјалну заштиту је члан 69 у коме су грађани и породица носиоци права социјалне заштите, на друштвену помоћ ради савладавања социјалних и животних тешкоћа и стварања услова за задовољавање основних животних потреба. Право на социјалну заштиту се остварује на начелима солидарности, социјалне правде, хуманизма и поштовања људског достојанства. У истом члану Устав, у следећој реченици утврђује да запослени и њихове породице имају право на социјално обезбеђење и осигурање које се регулише одредбама одговарајућих закона. Ове две реченице истог члана 69, утврђују право на социјалну заштиту грађанима и породицама а право на социјално обезбеђење и осигурање имају запослени и чланови њихових породица. Ово раздвајање на извесне категорије становништва на грађане, на запослене, на чланове њихових породица и других који нису поменути у овом члану, чини недоследан и недовољно прецизно постављен круг лица која могу да уживају права из социјалног осигурања и социјалне заштите.

У даљем навођењу одредаба члана 69. Устава, утврђено је да: запослени има право на накнаду зараде у случају привремене спречености за рад, као и право на накнаду зараде у случају привремене незапослености, у складу са законом. Инвалидима, ратним ветеранима и жртвама рата пружа се посебна заштита, у складу са законом. Фондови социјалног осигурања оснивају се у складу са законом.

Могло би се закључити да су сва ова права обезбеђена, самим тим што их Устав прокламује и обезбеђује, али, по скромном мишљењу аутора овог рада, ове одредбе делују набацано и недовршено, без потпуног увида у систем социјалног осигурања и социјалне заштите, ко има право на социјално осигурање и социјалну заштиту, а коме то право не припада, односно ко се из тог права искључује по највишим правним прописима једне државе. Овакав став аутора добија своје оправдање у садржини следећег члана Устава, (члан 70), који утврђује да се пензијско осигурање уређује законом а следећа реченица потврђује да се Република Србија

12 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 69.

стара о економској сигурности пензионера. Чак и да су ове реченице члана 70, прокламација или само став о неком правном питању, делују неубедљиво и недовољно применљиво. У даљим одредбама Устава, у члану 76 поред осталих права која се могу обезбедити у оквиру забране дискриминације националних мањина, утврђује се могућност увођења, посебних прописа и привремених мера у области социјалне заштите. Устав уређује и обезбеђује, према члану 97 тачка 8 и тачка 10, систем радних односа, заштите на раду, запошљавања, социјалне сигурности, систем у области здравства, социјалне заштите, борачке и инвалидске заштите, бриге о деци и и др. Нека од ових питања из области здравствене и социјалне заштите као и друштвене бриге о деци и особама са инвалидитетом, Устав поверава нижим локалним самоуправама, аутономној покрајини или општинама. То је од великог значаја за конкретну примену законских и подзаконских прописа „на терену“ у практичном, свакодневном животу становништва. Поред овога Устав садржи у широку листу социјално-економских права чија се конкретизација и примена у пракси уређује законима и подзаконским актима.

1. Уставне поставке о забрани дискриминације особа са инвалидитетом

Уставом је изричито забрањена дискриминација (члан 21) и прокламовано је начело једнакости пред Уставом и законом. Устав утврђује да свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације. Забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета.

Уставом је утврђено право на судску заштиту у случају повреде права и права на једнаку заштиту, а као делотворан правни лек уведен је институт уставне жалбе.¹³ Судска заштита, слободе и права особа са инвалидитетом нарочито је правно потврђена у одредбама неколико битних

13 Члан 170 Устава Републике Србије утврђује да се: уставна жалба може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту. Институт уставне жалбе наишао је на велику примену у пракси у остваривању права из социјалног осигурања.

закона донетих у последњих десетак година, и то: Закона о раду,¹⁴ Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом,¹⁵ Закона о забрани дискриминације,¹⁶ Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом,¹⁷ Закон о употреби знаковног језика,¹⁸ Закон о кретању уз помоћ пса водича.¹⁹

2. Акти УН и МОР-а од значаја за права особа са инвалидитетом

Организација уједињених нација усвојила је низ докумената који су од великог значаја за положај особа са инвалидитетом а која су после ратификације од стране наше државе постали саставни део нашег правног поретка. У групу најважнијих докумената које је донела Генерална скупштина ОУН свакако припадају: Универзална декларација о правима човека,²⁰ Конвенција о социјалном обезбеђењу (Конвенција МОР-а број 102²¹), Конвенција број 159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом,²² Стандардна правила о изједначавању могућности,²³ Конвенција број 142 о професионалној оријентацији и стручном оспособљавању²⁴ и друге значајна документа у којима се особе са инвалидитетом дефинишу као особе чија је перспектива у стицању, задржавању и напредовању у одговарајућој професијизначајно смањена као последица прописно признатог физичког и интелектуалног оштеће-

14 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, чл. 195.

15 Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*, бр. 33/2006, 13/2016, чл. 39-52.

16 Закон о забрани дискриминације, *Службени гласник РС*, бр. 22/09, чл. 41-46.

17 Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 32/2013, чл. 49-50.

18 Закон о употреби знаковног језика, *Службени гласник РС*, бр. 38/2015, чл. 21.

19 Закон о кретању уз помоћ пса водича, *Службени гласник РС*, бр. 29/2015, чл. 13.

20 Универзална декларација о правима човека, усвојена је и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III) од 10. децембра 1948. године. Овим актом утврђена су, поред осталих, и право на социјално осигурање у случају незапослености и друга права.

21 Конвенција је ратификована – Уредбом Савезног извршног већа под Р. П. Бр. 408 од 27. октобра 1954. а објављена је у – *Додатку бр.1 у Службеном листу СФРЈ* од 17. марта 1955.

22 Конвенција број 159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 3/87.

23 Стандардна правила о изједначавању могућности, СРЈ је приступила Стандардним правилима 1995.

24 Конвенција број 142 о професионалној оријентацији и стручном оспособљавању, *Службени лист СФРЈ – међународни уговори*, бр. 14/82.

ња. Социјални фактори се посматрају у контексту запошљавања особа са инвалидитетом.

Посебно је значајно издвојити Конвенцију број 102, којом су поствљени стандарди за девет основних области савременог система социјалне сигурности (здравствена заштита, накнада за случај болести, давања за случај незапослености, давања за старост, давања за случај несреће на послу и професионалног обољења, породичне потпоре, давања за случај материнства, давања за случај инвалидности, давања члановима породице за случај смрти храниоца породице).

Овим међународним документима уређују се мере за остваривање права на рад и сродних права особа са инвалидитетом, а посебно нагласак се ставља на забрану дискриминације у овој области, једнаке услове, запошљавање на отвореном тржишту рада, samozapošljavanje, различите подстицаје за послодавце који запошљавају особе са инвалидитетом, промовише се начело афирмативне акције и друга начела која доприносе свеукупном побољшању положаја особа са инвалидитетом, првенствено у области образовања и запошљавања.²⁵

3. Европска унија и акти подршке особама са инвалидитетом

Европска социјална повеља, као акт савета Европе потписана је у Торину 1961. године и више пута је протоколима мењана и допуњавана.²⁶ Европском социјалном повељом државе потписнице се обавезују да у своја законодавства, у потпуности или делимично, утраде одређен број норми којима се обезбеђује заштита основних социјалних и економских права грађана држава потписница. Наша земља је 2009. године приступила ратификацији Ревидиране европске социјалне повеље као и протоколима који су се касније донели.

У Ревидираној европској социјалној повељи, државе потписнице су се обавезале да прихвате као циљ своје политике постизање услова у којима ће се делотворно остварити одређени принципи. Посебно се издваја право хендикепираних лица на независност, социјалну интеграцију и учешће у животу заједнице. Да би се остварило право хендикепираних лица, без обзира на узраст или природу неспособности, на независност,

25 Татјана Пријић, „Процена радне способности и могућности запослења или одржавања запослења особа са инвалидитетом“, *Удружење за радно право и социјално осигурање Србије*, бр. 13, 2010, 260.

26 Ревидирана европска социјална повеља, *Службени гласник РС*, бр. 42.

социјалну интеграцију и учешће у животу заједнице, стране уговорнице посебно се обавезују: 1) да предузму неопходне мере како би се хендикепираним лицима обезбедило потребно усмерење, образовање и професионална обука, у оквиру редовних механизма кад год је то могуће, или када то није могуће, помоћу специјализованих установа, јавних или приватних; 2) да овим лицима унапреде приступ запошљавању и свим мерама које на неки начин охрабрују послодавце да запосле или и даље запошљавају хендикепирана лица или, када тако нешто није могуће због разлога онеспособљености, да организовањем или стварањем посебне врсте запошљавања прилагоде степену неспособности (у одређеним ситуацијама таве мере могу обухватити посебан распоред и додатне службе); 3) да унапреде њихову пуну друштвену интеграцију и учешће у животу заједнице посебно таквим мерама, укључујући и техничку помоћ, које имају за циљ да превазичу баријере споразумевања и покретљивости и да омогуће приступ транспорту, стамбеном смештају, културним активностима и разлози. Због свега тога Европска социјална повеља (ревидирана) има своје заслужено место и значај у европским оквирима.²⁷

а) Немогућност усвајања препорука ЕУ због нечланства Србије у Европској унији

У овом делу рада, у кратким цртама и у мањем обиму приказаће се основне поставке Уредбе 883/2004 о координацији система социјалне сигурности²⁸ коју су Европско веће и Парламент донели 29. априла 2004. (а које се односе на особе са инвалидитетом), и како се начелно утврђује и усклађује примена система социјалне сигурности на особе које се крећу Унијом као и како је успостављен правни оквир за остваривање њихових права у том подручју. Овом уредбом се између свих држава чланица успоставља и примењује јединствени вишестрани правни режим остваривања права појединаца и замењују се одредбе дотадашњих двостраних уговора о социјалном осигурању између њих.²⁹ Уредба има структуру ме-

27 Бранко Лубарда, Европска социјална повеља – Хармонизација и ратификација, Правни факултет у Београду, 2013, www.fpn.co.me/fajlovi/fpn\atach..., посета сајту 27.11.2015.

28 Uredba 883/2004, *Službeni list Evropske unije (SL)*, L 166 od 30.4.2004., ова Уредба више пута је мењана и допуњавана.

29 М. Рисмондо, 19. Ти уговори о социјалном осигурању остају даље на снази, али се не примењују, међутим, неке њихове одредбе заинтересоване државе чланице остављају и даље у примени, када се ради о трајним обавезама, или када те државе желе да примењују неки правни режим који је за кориснике повољнији од Уредбе.

ђународног уговора о социјалном осигурању а Уредба 987/2009 има карактер административног споразума за његову примену.

Уредба 883/2004 садржи материјално–правне одредбе а Уредба 987/2009³⁰ одредбе о поступку за примену националних законодавстава држава чланица Уније поводом остваривања права на социјално осигурање радника миграната и чланова њихових породица.

Правни оквири социјалне сигурности у Европској унији садржани су како у примарним тако и у њеним секундарним изворима права. Под примарним изворима права ЕУ подразумевају се извори, који су изворно, без посредовања Уније, прихватиле државе чланице. То су уговори о оснивању Евроске заједнице и Европске уније,³¹ с протоколима, као и њихове измене и допуне (уговори из Нице, Амстердама и Мадрихта), додатни уговори и уговори о приступању нових држава чланица. Секундарни извори права у ЕУ су: уредбе, директиве, одлуке, препоруке, мишљења. Сврха секундарног права јесте остваривање надлежности Уније. При томе уредбе имају општу правну примену, обавезујуће су у целости и непосредно се примењују у свим државама чланицама.³²

Правни оквири социјалне сигурности у Европској унији садржани су, како у примарним тако и у секундарним изворима њеног права. Повеља Заједнице о основним социјалним правима радника од 9. септембра 1989. и Повеља о темељним правима Европске уније од 7. септембра 2000., којима су утврђена и основна социјална права грађана Уније (члан 151). Уз ову последњу треба додати и Европску социјалну повељу (1961), која је један од темељних аката Већа Европе.

У Повељи о основним правима ЕУ издвајају се по важности неке одредбе које су темељ социјалне сигурности грађана Европске уније. За овај рад су битне следеће одредбе: забрањен је сваки облик дискриминације засноване посебно, на полу, раси, боји или етничком односно друштвеном пореклу, генетичким карактеристикама, језику, вери или личним уверењима, политичким ставовима или било чему што је друге природе, припадности националној мањини, имовини, рођењу, инвалидитету, годинама старости или полном опредељењу (члан 21. став 1). Унија

30 Уредба 987/2009 од 16.6.2009, којом се утврђује поступак спровођења Уредбе 883/2004 о координацији система социјалне сигурности, *SL EU L* 149 од 8.6.2012. Као и Уредба 883/2004, такође је више пута мењана и допуњавана.

31 Уговор о ЕУ, Уговор о Европској унији, пречишћен текст, *SL EU C* 7.6.2016.

32 Mihovil Rimondo, *Socijalna politika Evropske unije i ostvarivanje socijalne sigurnosti prema uredbama 883/2004 i 987/2009 i drugim aktima Unije*, Rijeka, 2016, 6–10.

признаје и уважава право особа са инвалидитетом на коришћење мера које им осигуравају самосталност, социјално и професионално укључивање и учешће у животу заједнице (члан 26).

Осим Повеље из 2000., Уговор о функционисању међу основним одредбама садржи и одређене одредбе о социјалној заштити и социјалној политици, значајне за утврђивање социјалне сигурности особа које се крећу Унијом и њихових права у том оквиру. Између осталог, према тим одредбама Унија ће при спровођењу своје политике и своје делатности тежити сузбијању дискриминације по основу пола, расе, етничког порекла, вере и уверења, инвалидности, годинама живота или полног опредељења.³³

*б) Координација система социјалне сигурности
унутар држава чланица ЕУ*

У односима између држава у спровођењу социјалне сигурности при остваривању права појединаца, појављују се проблеми примене законодавства две или више држава на особе које су током свог животног и радног века боравиле, радиле и биле обухваћене њиховим системом социјалне сигурности. Наиме, свако национално законодавство вреди и примењује се по правилу на особе које се налазе на одређеној територији, тј. у националним оквирима. Уклањање последица сукоба закона или одбијање примене законодавства по права појединаца могуће је постићи методом конвергенције, хармонизације или координације тих система. За хармонизацију (међусобно прилагођавање законодавства и праксе) нужно је постићи реалну међународну солидарност, као и економску и политичку интеграцију. Исто тако, координација система социјалне сигурности „представља додатак слободи кретања особа унутар Заједнице“ (Уније).³⁴ Координацијом се остављају непромењенима ти национални системи и давања која се из њих користе, али се омогућује њихово остваривање и коришћење онима који се налазе изван националних граница, осигуравајући то применом посебних начела и одредаба. Координација система социјалне сигурности обавља се најчешће применом двостраних и вишестраних међународних уговора. Због тога, правни оквири (извори) међународне координације система социјалне сигурности су наднационалног порекла и примењују се директно на односе између учесника њеног спровођења и основ су на темељу кога појединци остварују

33 Уговор о функционисању Европске уније, пречишћен текст, *SL EU C 7.6.2016.*, чл. 4, 8, 9, 10, 18 и 21.

34 Pierre Rodiere, *Traite de droit social de l'Union europeenne*, L.G.D.J. Lextenso editions, Paris 2008, 511.

своја социјална права. Правним оквирима координације уједно се успоставља правна веза између система социјалне сигурности и њихових законодавстава различитих држава, а права стечена њиховом применом користе се и након престанка важења тих оквира.³⁵

Оваквој пракси Европске уније у примени међународних билатералних споразума, значајан допринос даје примена многобројних споразума о социјалном осигурању које је Република Србија закључила са више десетина држава широм Европе и света и који се са успехом спроводе у остваривању права из пензијског и инвалидског осигурања као и права из здравственог осигурања. Примену билатералних споразума о социјалном осигурању прате одговарајући административни споразуми као инструменти за примену међународних уговора као и одређени финансијски послови којима се регулишу финансијски токови новца (најчешће исплата пензија и других новчаних давања) који се исплаћују појединцима у државама у којима живе.

III Особе са инвалидитетом – нека од права у систему правне заштите у Републици Србији

У претходном излагању у овом раду наведени су међународни и домаћи прописи као и уставне и законске заштитне одредбе којима се штите особе са инвалидитетом од дискриминације у свим сферама друштвеног живота. Позорност јавности је подигнута на вишу лествицу разумевања потребе за отклањањем свих препрека и физичких баријера на путу афирмације и свеукупне помоћи овој вунерабилној друштвеној групи која броји више од 10% свеукупне популације становника на планети. У нашој правној пракси и теорији све више је радова који указују на потребу што детаљнијег упознавања стручне и научне јавности са потребама и намерама за афирмацијом помоћи и изједначавању могућности са особама са инвалидитетом.

1. Радноправна заштита особа са инвалидитетом

Закон о раду³⁶ као кровни закон обезбеђује посебну заштиту како запосленој особи млађој од 18 година, тако и посебну заштиту особи са

35 М. Rismondo, 13–14.

36 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14.

инвалидитетом.³⁷ Заштита се односи посебно на услове рада, на прописано радно време и рад у сменама као заштита радника због рада ноћу (увремену од 22,00 часа до 6,00 часова наредног дана), на скраћено радно време код рада на нарочито тешким и по здравље опасним пословима и бенефицирани радни стаж за рад на тим радним местима, на безбедност и заштиту живота и здравља на раду. У уређивању положаја особа са инвалидитетом Закон о раду поставља принципе на којима се темељи запошљавање и заштита при запошљавању ове осетљиве групе становништва, препуштајући Закону о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом³⁸ да детаљно регулише ово питање утврђујући да постоје (по члану 4) више група особа са инвалидитетом и то: ратни војни инвалиди; мирнодопски војни инвалиди; цивилни инвалиди рата; лице коме је извршена категоризација и друго лице коме је утврђена инвалидност у складу са законом; лице коме је у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању утврђена инвалидност односно преостала радна способност и лице коме се у складу са законом процени радна способност и које има могућност запослења или одржања запослења, односно радног ангажовања.

2. Запошљавање особа са инвалидитетом

Запошљавање особа са инвалидитетом последњих деценија је тренд у свим законодавствима модерних земаља које прате потребу да се проблем нараслог броја особа са инвалидитетом институционално решава. Запошљавање особа са инвалидитетом подразумева обавезу државе да предузме одређене активности које се означавају термином „позитивна дискриминација“ иако се у литератури поред овог термина, као његови синоними, користе и термин „позитивна акција“ (*positive action*), који је

37 Брига око заштите најмлађих особа са инвалидитетом на индиректан начин се види и кроз измене и допуне Закона о раду у којима се кроз заштиту права на рад родитељу који је уговором засновао радни однос на одређено време, уговор продужава до пет година старости детета (отказ овог уговора повлачи ништавост одлуке о отказу уговора о раду на одређено време). У члану 187. став 1 Закона о раду, прописано је да за време трудноће, породичног одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета, послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду.

38 Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*, бр. 36/09 и 32/13.

прихваћен у комунитарном праву, као и термин „афирмативна акција“ (*affirmative action*), који је прихваћен у америчком и канадском праву.³⁹

Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом предвиђа бројна решења која треба да допринесу већој запослености лица са инвалидитетом и њиховом равноправном учешћу на тржишту рада заједно са осталим лицима која траже запослење. У том смислу треба навести најзначајније законске мере и то: а) утврђивање професионалних могућности особа са инвалидитетом; б) активне мере запошљавања (рефундација примерених трошкова прилагођавања радног места потребама запослених, субвенције зарада запослених без радног искуства; в) професионалну рехабилитацију лица са инвалидитетом; г) обавезу запошљавања лица са инвалидитетом код послодавца са 20 и више запослених; д) оснивање и рад предузећа која поред остваривања профита, имају за циљ стварање послова за лица са инвалидитетом (предузећа за професионалну рехабилитацију и запошљавање особа са инвалидитетом и социјална предузећа).⁴⁰

Процена радне способности особе са инвалидитетом предвиђене одредбама наведеног закона детаљније је регулисано Правилником о ближем начину, трошковима и критеријумима за процену радне способности и могућности запослења или одржања запослења особа са инвалидитетом.⁴¹ Орган медицинског вештачења врши оцену болести и оштећења која утичу на радну способност и могућност запослења или одржања запослења и утврђује и утврђује један од четири степена способности односно неспособности за запослење или за одржање запослења. Овај поступак се води пред Националном службом за запошљавање која има већма активну улогу у тражењу послова за незапослене особе са инвалидитетом у њиховом образовању, рехабилитацији и запошљавању.

3. Заштита особа са инвалидитетом остваривањем права из пензијског и инвалидског осигурања

У последњих неколико деценија више пута су доношени и мењани закони о пензијском и инвалидском осигурању који су у ранијем периоду

39 Љубинка Ковачевић, „Запошљавање лица са инвалидитетом“, *Социјалне реформе садржај и резултати*, 2011, 195.

40 Љ. Ковачевић, 198.

41 Правилник о ближем начину, трошковима и критеријумима за процену радне способности и могућности запослења или одржања запослења особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*, бр. 36/10.

познавали већи број права из инвалидског осигурања у односу на сада важећи закон. Ранији закони су познавали право на инвалидску пензију (за прву категорију инвалидности) или за остале категорије (другу и трећу категорију инвалидности) одговарајући део зараде остварене на радном месту и накнаду зараде за онај део неостварене зараде на радном месту. Тадашњи прописи су до 2003. године неспорно много више штитили инвалиде рада и обезбеђивали право на професионалну рехабилитацију, право на преквалификацију и оспособљавање за други одговарајући посао сходно преосталој радној способности, право на инвалиднину због постојања телесног оштећења, право на бањско и климатско лечење, право на медицинску рехабилитацију у здравственим установама, право на добијање стана од одређеним условима, право на ортопедска и друга медицинска помагала, право на трошкове додатног лечења и смештаја у одговарајућим установама стационарног типа. Сва наведена права која су припадала особама са инвалидитетом по правилу су се остваривала на терет тадашњих фондова пензијског и инвалидског осигурања, фондова здравственог осигурања, националне службе за запошљавање, фондова локалне самоуправе и других установа и организација.

По одредбама садашњег Закона о пензијском и инвалидском осигурању,⁴² постоји само трајан губитак радне способности који значи инвалидност и могућност остваривања инвалидске пензије, под условом да су испуњени услови у погледу стажа осигурања и уплаћених доприноса за обавезно социјално осигурање. Поред права на инвалидску пензију постоји и право на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица као и право на новчану накнаду по основу постојања телесног оштећења насталог као последица несреће на послу или као последица професионалне болести.

Очигледно да су постојећи прописи из пензијског и инвалидског осигурања дефицитарни у погледу броја права и могућности остварења права по основу смањене радне способности или по основу измењене радне способности или омогућавања да се уз помоћ послодавца или државе особа са инвалидитетом преквалификује и са остатком радне способности обавља послове од којих може да остварује неопходна новчана средства за пристојан живот у свом окружењу.

42 Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 34/03, 64/04-УС, 84/04 др. закон, 85/05, 101/05, др. закон, 63/06, 5/09, 107/09, 101/10, 93/12, 62/13, 108/13, 75/14.

Vesna STOJANOVIĆ, PhD

Junior Faculty Member at the College of Economics and Administration

LEGAL FRAMEWORK OF SOCIAL INSURANCE AND SYSTEMS FOR LAWFUL PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES

Summary

The article shows the constitutional basis of social insurance for the citizens of the Republic of Serbia, especially through the prism of socio-economic issues of individuals with disabilities. Basic principles of protection for these individuals are also ratified in international conventions, by the ILO, EU and other global and regional organisations. In our legal system, social insurance of persons with disabilities is brought about by numerous laws and acts. Dominant protection is provided by rules which enable the protection of persons with disabilities from discrimination, equal right to employment, equal right to be allowed to work, the right to pension and disability insurance, social protection, and numerous other rights.

Key words: *The Constitution and social insurance, persons with disabilities, laws of disability insurance, legal protection of individuals with disabilities.*

Мр Весна БИЛБИЈА

Саветник, Управни суд Републике Србије, Одељење у Новом Саду

ФЛЕКСИБИЛНИ ОБЛИЦИ РАДА – НЕПУНО РАДНО ВРЕМЕ

Резиме

Законом о изменама и допунама Закона о раду из јула месеца 2014. године, извршено је новелирање великог броја одредаба. У Образложењу Предлога закона, поред осталог, истакнута је потреба за обезбеђивање правног оквира за флексибилније регулисање односа између послодаваца и запослених, којима се обезбеђује задовољавање потреба запослених и послодаваца у уређивању њихових међусобних односа, а у циљу подстицања запошљавања и смањење рада „на црно“. У протеклих двадесетак година, услед великих промена у области светске економије, друштвених, технолошких и других услова у којима се одвија рад, мења се и начин одвијања радних односа. Дестабилизују се класични, стални радни односи, а све више се примењују тзв. флексибилне форме

У флексибилне облике радног ангажовања спадају: 1) рад са непуним радним временом; 2) рад на одређено време; 3) привремени и повременни послови, 4) рад код куће и рад на даљину, 5) привремено уступање радника преко агенција 6) samozapošljavanje (при чему се ради за одређеног послодавца; 7) рад код послодавца по основу грађанско-правних уговора

Тема овог рада је законско уређење непуног радног време у Републици Србији и изазови у примени овог флексибилног облика радног ангажовања.

Кључне речи: *флексибилни облици рада, непуно радно време, радно-правни положај жене, рад „на црно“, незапосленост.*

I Увод

Важећи Закон о раду је у примени од 23. марта 2005. године.¹ Своју прву, значајнију, измену и допуну претрпео је у истој години, 19. јула 2005. године, док су наредне две измене и допуне 25. јула 2009. године и 16. априла 2013. године биле незнатне.² Највеће новелирање претрпео је јула месеца 2014. године, када је Законом о изменама и допунама Закона о раду који је Народна скупштина Републике Србије усвојила 18. јула 2014. године, извршено новелирање великог броја одредаба, тј. промене нису извршене само у три, од укупно 25 поглавља.³ Колика пажња и значај су се придавале овој законодавној активности говори и то што се, иако је у питању новелирање закона, током процеса усвајања измена и допуна, говорило о *новом закону*.⁴ Више је стратешких разлога истакнуто у образложењу Предлога закона: унапређење радноправних института, потпунија заштита права запослених и усклађивање Закона о раду, који представља системски закон и регулише права, обвезе и одговорности из радног односа са Међународним стандардима, пре свега потврђеним конвенцијама МОП-а и прописима Европске уније, потреба да се прецизирају поједине законске одредбе које су у пракси различито тумачене и примењиване од стране послодаваца (понекад доводиле и до различите судске праксе, што је имало за последицу правну несигурност), спровођење мера фискалне политике у циљу унапређења домаћих и страних инвестиција у привреди, смањење рада „на црно“ и повећање запослености, смањење непотребне процедуре администрирања, које не доприносе заштити права запослених, а представљају знатан трошак за послодавце; обезбеђивање правног оквира за подстицање запошљавања, посебно теже запошљивих категорија незапослених, те флексибилније регулисање односа између послодаваца и запослених, којима се обезбеђује задовољавање потреба запослених и послодаваца у уређивању њихових међусобних односа и др.

1 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75714 (даље у тексту и у фуснотама ЗОР).

2 Наиме, 25. јула 2009. године – допуна члана 116 (*Службени гласник РС*, бр. 54/09) и 16. априла 2013. године – додат је нови члан 93а и измена и допуна члана 187 (*Службени гласник РС*, бр. 32/13).

3 Поглавље IV – Образовање, стручно оспособљавање и усавршавање, поглавље XII – Клаузула забране конкуренције и поглавље XIII – Накнада штете.

4 Објављен у *Службеном гласнику РС*, бр. 75 од 21. 07. 2014. године, а ступио је на снагу осмог дана од дана објављивања – 29. јула 2014. године, осим одредаба члана 54. које се примењују по истеку 30 дана од дана ступања на снагу овог закона.

У протеклих двадесетак година, услед великих промена у области светске економије, друштвених, технолошких и других услова у којима се одвија рад, мења се и начин одвијања радних односа. Дестабилизују се класични, стални радни односи, а све више се примењују тзв. флексибилне форме рада.⁵ Услед великих промена у области савремене економије, постојећа концепција радних односа почиње да постаје „преуска“ за успешно пословање.⁶ Јасно, у „флексибилизацији рада“ посебно су напредне развијене европске земље, чију праксу у овом домену карактерише велика иновативност. У флексибилне облике радног ангажовања спадају: 1) рад са непуним радним временом; 2) рад на одређено време; 3) привремени и повремени послови, 4) рад код куће и рад на даљину, 5) привремено уступање радника преко агенција 6) самозапошљавање (при чему се ради за одређеног послодавца; 7) рад код послодавца по основу грађанско-правних уговора.⁷

II Радни однос са непуним радним временом

У оквиру поглавља II Закона о раду које назив „Заснивање радног односа“, у делу 7., уређен је Радни однос са непуним радним временом. Чланом 39. ЗОР прописано је да радни однос може да се заснује и за рад са непуним радним временом, на неодређено или одређено време. Овај члан којим је предвиђена могућност заснивања радног односа и за рад са непуним радним временом, није измењен приликом новелирања закона јула 2014. године, али је наредни члан измењен у целости. Наиме, у основном тексту је одредбама члана 40. било прописано само да запослени који ради са непуним радним временом има сва права из радног односа сразмерно времену проведеном на раду, осим ако за поједина права законом, општим актом и уговором о раду није друкчије одређено.

Детаљније регулисање института непуног радног времена указује на интенцију законодавца у правцу његове афирмације у пракси. Измењеним одредбама члана 40. прописано је, најпре, да запослени који ради са непуним радним временом има право на зараду, друга примања и друга права из радног односа сразмерно времену проведеном на раду, осим ако

5 Сенад Јашаревић, „Нове форме рада у Европској унији и Србији“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2015, 1.

6 Видети више: Сенад Јашаревић, „Радни однос – тенденције у пракси и регулативи“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2013, 173-192.

7 Видети више: S. Cazes, A. Nesporova, *Labor Markets in Transition: Balancing Flexibility and Security in Central and Eastern Europe*, Geneva, ILO, 2003, 26-39.

за поједина права законом, општим актом и уговором о раду није друкчије одређено. Формулација је слична као и у основном тексту и објашњава појам, суштину непуног радног времена: запослени остарује своја законска права из радног односа сразмерно времену проведеном на раду, сходно начелу *pro rata temporis* (начело сразмерности). Детаљније регулисање обавеза послодавца такође је показатељ афирмације радног односа са непуним радним временом као једног од флексибилних облика рада, који обезбеђује задовољавање потреба запослених и послодаваца у уређивању њихових међусобних односа, уз обезбеђивање заштите запослених као „слабије стране“ у уговорном односу. Послодавац је дужан да запосленом који ради са непуним радним временом обезбеди исте услове рада као и запосленом са пуним радним временом који ради на истим или сличним пословима. Прописана је и обавеза послодавца да благовремено обавести запослене о доступности послова са пуним и непуним радним временом, на начин и у роковима утврђеним општим актом, као и његова обавеза да размотри све захтеве запослених који се односе на прелазак са пуног на непуно радно време и обрнуто, што до сада није било могуће. Прописано је, такође, да се колективним уговором уређује сарадња и информисање синдиката о пословима са непуним радним временом.

Усвојеним законским решењем врши се о решење усклађивање са Директивом већа ЕУ 97/81/EZ од 15. децембра 1997. о Оквирном споразуму о раду с непуним радним временом који су склопили UNICE, CEEP и ETUC.⁸ Ова директива истиче начело недискриминације: што се тиче услова запошљавања, радници с непуним радним временом не могу се третирати на мање повољан начин од радника с пуним радним временом само зато што раде с непуним радним временом, осим ако је различито поступање оправдано објективним разлозима. Поред тог, директивом је предвиђено би послодавци требали што је више могуће узимати у обзир: а) захтеве радника за прелаз с пуног радног времена на непуно радно време, које се појавило као могућност код послодавца; б) захтеве радника за прелаз с непуног радног времена на пуно радно време или за продужење радног времена, ако се за то укаже могућност; ц) правовремено ширење података о доступности места с непуним и пуним радним временом, ради лакшег премештања с послова с непуним радним временом на послове с пуним радним временом или обрнуто; д) мере које олакшавају

8 Council Directive 97/81/EC of 15. december 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, *Official Journal* L 014, 20/01/1998 P. 0009-0014.

приступ раду с непуним радним временом на свим нивоима и е) право-времену доставу података о раду с непуним радним временом постојећим органима који заступају раднике. У одредбама члана 41. ЗОР, није - било измена, запослени који ради са непуним радним временом код ј-едног послодавца може за остатак радног времена да заснује радни однос код другог послодавца и да на тај начин оствари пуно радно време.

Примена радног односа са непуним радним временом у већој мери може допринети смањењу негативних друштвено-економских појава као што су: незапосленост, „одлив мозгова“, „сива економија“, односно „рад на црно“. Поред тога, примена овог облика флексибилизације рада може имати позитивне ефекте у области посебне заштите жена и материнства, односно побољшања укупног радно-правног положаја жена.

1. Допринос радног односа са непуним радним временом смањењу негативних друштвено-економских појава

Незапосленост у Републици Србији има обележје масовне друштвене појаве и има обележје трајне појаве. Посебно забрињава податак да се са стопом незапослености младих сврставамо међу неславне рекордере – Србија је у Европи четврта по највишој стопи незапослености младих, после Шпаније, Грчке, Македоније. Незапосленост младих, осим економског, има значајне друштвене и политичке импликације и тумачи се као опасност много ширих размера.⁹ Укупно гледано, тенденција пораста незапослености у нашој земљи показала је висок степен отпорности у односу на различите реформе, реорганизације и институционалне преображаје, те промене у законској регулативи.¹⁰

Како, конкретно, искористити законску могућност радног односа са радног односа са непуним радним временом у сврху смањења незапослености, односно повећања запошљивости? Први предлог, односно модалитет,¹¹ састоји се у томе да се убудуће, уз услов да је то организационо-технички могуће и да постоји сагласност уговорних страна, радни однос, по правилу закључује са непуним радним временом. То значи да би се на

9 Слободанка Ковачевић-Перић, „Незапосленост младих“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2016, 111.

10 Видети више: Александар Петровић, „Незапосленост као привремена појава или као судбина?“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2012, 1-14.

11 Ратомир Слијепчевић, „Рад са непуним радним временом, драгоцен законска новина која је остала у сенци Закона о раду“, *Правни информатор*, бр. 5/2015, 34, исто: Ратомир Слијепчевић, „Недовољно искоришћене законске могућности за ефикасно смањење незапослености“, *Радно-правни саветник*, бр. 1/2017, 6.

истом радном месту наизменично ангажовала два лица са четворочасовим радним временом. У зависности од потреба и могућности технологије рада послодавца с једне, а запослених, са друге стране, може да буде уговорено и краће или дуже дневно радно време, односно два, па и три лица која наизменично раде на истом радном месту.

Тако, приликом ангажовања приправника у различитим делатностима, уместо једног, укључују се два млада човека у радни процес и уместо једног, два млада човека почињу да стичу радно искуство. Нема сумње да је наведени пример превасходно у интересу приправника, али и послодавац има бенефит у том случају, јер са врло мало или нимало улагања, добија радне резултате од два човека (који, истина, раде половину радног времена, али радни потенцијал појединца није могуће сасвим преполовити. Ово додатно, ако се нпр. уговори дуже дневно радно време и ангажују три лица). Са становишта државе и друштва у целини, боље је да два лица остварују по пола личних примања, него да једно лице прима лични доходак целини, а друго уопште нема приходе (живи на нечијој терет, породице, државе...).

Сасвим конкретан пример су адвокатске канцеларије и адвокатски приправници: уместо нпр. пет приправника, могу се примити 10 са непуним радним временом и то без посебних издатака, нарочито ако се има у виду да адвокатске канцеларије због природе посла (приступи на суђења и пријем странака) раде и преподне и послеподне.¹²

Млади у просеку готово пуне две године (23,4 месеца) чекају први посао и бивају демотивисани, а њихова знања и квалификације застаревају; стопа незапослености високообразованих је и даље висока и износи 32,9 одсто; 47,4% младих ради у неформалној економији.¹³ Извоз младих стручњака је наш је најуспешнији извозни програм. Масовнијим коришћењем законске могућности заснивања радног односа са непуним радним временом, у високо стручним установама (факултетима, институтима и др.) заставио би се овај негативан економски, али и демографски тренд.

Важно је истаћи да Републику Србију, поред „одлива мозгова“, погађа исељавање радно способног становништва свих нивоа образовања, као и неквалификоване радне снаге. Осим предложеног модалитета који подразумева масовнију примену радног односа са непуним радним временом убудуће, ваља размотрити и трансформацију класичног радног односа

12 Р. Слијепчевић (2017), 8.

13 С. Ковачевић-Перић, 119.

у овај флексибилнији облик радног ангажовања. У привредним областима где се рад и производни процеси одвијају у отежаним климатским и другим условима као што је грађевинарство, рударство, саобраћај, као и поједине области здравства, треба размотрити и охрабрити иницијативу да се запосленима омогући да анексом уговора о раду пуно радно време промене у четворочасовно радно време или друго непуно радно време. Овде је важно поновити да таква могућност долази у обзир само уколико постоји иницијатива и слободно изражена воља појединог запосленог, те обострани интерес уговорних страна, јер је послодавац дужан да размотри захтев запосленог са непуним радним временом за прелазак на пуно радно време, као и запосленог са пуним радним временом за прелазак на непуно радно време (члан 40, став 4). Поред наведеног, прописана је и обавеза послодавца да благовремено обавести запослене о доступности послова са пуним и непуним радним временом, на начин и у роковима утврђеним општим актом, као и да колективним уговором уређује сарадња и информисање синдиката о пословима са непуним радним временом.

Ако примена ове законске могућности значи да ће се запослити двоструко већи број запослених од планираног броја радних места (ово пре свега код заснивања радног односа са непуним радним временом убудуће), позитиван одјек је загарантован код свих који тренутно немају посао. Добро би било и за другу уговорну страну, послодавце, предвидети фискалне и друге подстицајне мере како би се подстакли да учине додатни напор у том правцу, кроз систематизацију радних места са непуним радним временом и уопште својом пословном политиком. Уздржан став послодавца најчешће резултира повећањем флексибилизације радних односа који су забрањени.

Неформални рад, „сива економија“, односно рад „на црно“, у Србији је изузетно распрострањен и представља без сумње један од највећих привредних и друштвених проблема. Према подацима из извештаја Инспектората за рад за 2016. годину,¹⁴ приликом вршења инспекцијског надзора, инспектори рада на раду „на црно“ најчешће затичу младе, пре свега неквалификоване раднике, најчешће до средњег нивоа стручне спреме, запослене без редовних зарада и запослене преко 40 година живота, као и примаоце новчаних накнада, социјалне помоћи и сл. Иако су послови које ова лица обављају најчешће високоризични, у пракси их је тешко идентификовати, јер због страха радника од губитка и таквог по-

14 Доступно на: <http://www.minrzs.gov.rs/lat/aktuelno/item/7606-izvestaj-inspektorata-za-rad-za-2016-godinu>.

сла, између радника и послодавца постоји сагласност да се у тренутку инспекцијског надзора избегне легализовање тог односа. То је нарочито присутно у грађевинарству и сезонским пословима у делатности пољопривреде, као и у угоститељској, трговинској и занатској делатности. У појединим делатностима запажено је да се повећава број радно ангажованих „на црно“ у истим периодима сваке године. То је нарочито карактеристично за угоститељство и грађевинарство. У угоститељству у летњем периоду, због повећаног обима посла расте и број радно ангажованих уопште, па и радно ангажованих „на црно“. Што се грађевинарства тиче број ангажованих „на црно“ нагло се повећава пред крај грађевинске сезоне, због тежње послодаваца да испуне задате рокове и што већи број послова заврше у текућој сезони. Раду „на црно“ у делатности грађевинарства погодује велика флукуација радне снаге, често премештање са једног градилишта на друго и кратко време ангажовањих лица које воде на једном радном месту, док не обаве неки посао. Активности Инспектората за рад у циљу смањења рада „на црно“ на најмању могућу меру, усмерене су на контролу спровођења одредби Закона којима се уређује радно-правни институт „заснивање радног односа“ и на откривање лица која се код послодаваца налазе на фактичком раду.

Преглед укупних резултата рада на територији Републике Србије у 2013, 2014. и 2015. год.

година	укупан број надзора	број лица која су обухваћена надзором	број лица која су затечена "на црно"	број лица са којима је након надзора заснован радни однос
2013.	33.920	503.613	5.744	4.314
2014.	30.226	626.984	5.831	4.250
2015.	32.692	696.822	16.408	12.250

Исказани подаци Инспектората, као и подаци који се односе на незапосленост, указују да се не сме одбацити ниједан предлог којим се доприноси решавању наведених проблема.

2. Допринос радног однос са непуним радним временом већој заштити материнства и побољшању радноправног положаја жена

Потпуни увид у положај жене на тржишту рада у једној држави захтева обимнији историјско-компаративни приступ, будући да је условљен је низом привредних и друштвених фактора (као и историјских, традиционалних, биолошких итд.) Константа која се може уочити јесте да су жене имале тежак задатак да покушају да пронађу један вид равнотеже између сопствене породице и тржишта рада, а услед бројних друштвено-економских промена које су погађале Европу током читавог двадесетог века.¹⁵

Србија губи годишње око 35.000 становника због негативног природног прираштаја.¹⁶ Питање (не)оправданих разлога због који жене рађају мање деце или не рађају децу у Републици Србији је одавно постављено, одговора је више, али решења још нема. Еманципација жене је настала услед њене борбене за што снажнији дигнитет и успех у каријери, али и услед економске нужности. Жена, мајка мора да ради и економски доприноси породици, да би породица имала „две плате“ и опстала.

Управо радни однос са непуним радним временом може бити погодан начин за помирење професионалних и породичних обвеза. У већем броју држава чланица Европске уније се подржава решење да запослене жене да раде послове са непуним радним временом и да на тај начин обезбеде довољно времена за породичне обавезе. Тако, током 2010. године, три четвртине свих запослених жена у Холандији је радило са непуним радним временом, што је највиши проценат међу државама чланицама Европске уније, док је у Великој Британији, у истом периоду, око 40% жена радило са непуним радним временом.¹⁷ Раније наведена Директива већа ЕУ 97/81ЕЗ, налаже потписницама да олакшају приступ раду с непуним радним временом како би запослени, између осталог, се припремили за пензију, помирили пословни и породични живот.

15 Видети више: Филип Бојић, „Положај жена на тржишту рада и у системима социјалне сигурности – историјско компаративна анализа“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2015, 119-134.

16 Према подацима Републичког завода за статистику, тако значајан негативан природни прираштај израз је разлике између прошлогодишњег малог броја новорођених и релативно великог броја умрлих. Током 2015. године у Европи је од већу негативну стопу природног прираштаја имала само Бугарска. Доступно на интернет страници: <http://www.politika.rs/sr/clanak/358259/U-Srbiji-najveci-negativni-prirodni-prirastaj-u-poslednjih-70-godina>.

17 К. Rowlingson, „From cradle to grave: social security over the life cycle“, *Understanding Social Security – Issues for policy and practice* (ed. Jane Millar), Abingdon: The Policy Press, 2003, 14.

Радноправни положај запослене жене која доји у средишту је конфронтације између захтева за обезбеђивање посебне заштите на раду и захтева за унапређивање једнакости жена и мушкараца у сфери рада. Помирење ових наизглед противуречних захтева представља изазов за радно право на који оно мора адекватно одговорити да би се очувало и унапредило здравље запослене жене која доји и детета, заштитио биолошки и демографски интегритет друштва, обезбедила боља заштита материнства, повећала стопа наталитета, ефикасније спречила и елиминисала дискриминација на основу породичних обавеза, итд.¹⁸

Радноправни положај жене је комплексан, дилема о корисности права на разлику у сфери рада у односу на положај мушкараца није заувек решена. Истовремено, неправедно би било да већи део одговорности за урушену породицу и њен опстанак и свеprisутнији пад наталитета, понесе жена.

Закључак је да треба следити праксу земаља у којима је положај жена знатно унапређен и која подстиче запошљавање жена са непуним радним временом као начин који омогућава запосленој жени да, бар у једном периоду живота, одговори породичним обавезама и истовремено обезбеди социјалну и економску сигурности за себе и чланове своје породице.

III Замке у примени радног односа са непуним радним временом

Уз стварне облике флексибилизације, јављају се и „лажни облици флексибилног рада“ који се користе како би се прикрило да постоји радни однос, да би послодавци избегли обавезе које произлазе из радног односа (поштовање услова рада, ограничавање отказивања, уплаћивање пореза и доприноса), као што су: „скривено запошљавање“, „лажно самозапошљавање“, лажно приказивање радног односа као грађанског или привредног уговора (франшизинг, лизинг, инжерњеринг, факторинг, трансфер знања), злоупотребе уобичајених форм рада (нпр. рада на одређено време – сталним обнављањем уговора) и др.¹⁹

Разлог томе је и то што су нови облици рада најчешће правно уређени или недовољно уређени. Отуда треба поздравити последње измене и допуне Закона о раду којима је детаљније уређено заснивање радног

18 Видети више: Драгана Радовановић, „Радноправни положај жене која доји“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 72/2016, 247-261.

19 С. Јашаревић (2015), 3.

односа са непуним радном временом и омогућен трансфер са непуног на пуно радно време и обрнуто. Позитивни ефекти у примени наведеног облика флексибилног радног ангажовања могу се очекивати само уз поштовање аутономије воље уговорних страна и правну сигурност. Запослени који су заснивали радни однос са непуним радном временом морају уживати правну заштиту аналогну запосленима из „класичног“ радног односа, сразмерно ангажовању. Непоштовање аутономије воље запосленог води ка њиховој појачаној експлоатацији, што представља најгрубљи вид злоупотребе овог института.

Афирмација наведених законских могућности и њихова примена треба да је у агенди свих социјалних партнера. Чињеница је да синдикати, као кључни социјални партнер државе и послодаваца када се разговара о правима радника, нису успели да се успешно супротставе негативним тенденцијама на штету радника. Угрожавање права запослених де-стабилизovalo је и синдикате, чему су они сами допринели неприлагодљивошћу, отуђивањем од радника и инертношћу.²⁰ Управо инертност у борби за економски и социјални интерес запослених, утиче на то да се негативни трендови наставе. Активнији ангажман у вези наведене флексибилизације, сада је и јасно прописана обавеза синдиката, а истовремено и начин да синдикати, који морају пронаћи нове циљеве и методе у деловању, оснаже свој статус тако што ће бити покретачки фактор у већем радном ангажовању незапослене популације, уз потпуну и сталну контролу примене законских норми.

IV Закључак

Радни однос са непуним радним временом представља флексибилну форму рада која може да допринесе већој флексибилности и ефикасности економије, да омогући веће запошљавање бројне незапослене популације, уз обесхрабривање сиве економије, при чему може имати позитивне репрекусије на радноправни положај запослене жене и тиме одјек на шира друштвена и социјална питања. Чињеница да је привреда наше земљу у вишегодишњем застоју и да су многе реформе биле контрапродуктивне, учиниле су да флексибилне форме рада нису заживеле и да њихово законско уређивање, а онда и примена не бележи видљивији помак.

20 Видети више: Весна Билбија, „Улога у заштити појединачних права запослених према изменама и допунама Закона о раду“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2014, 131-148.

Неповерење, иако оправдано, ваља превазићи стварањем позитивне климе у погледу искоришћавања одредби чл. 39-41 Закона о раду и подстицаја масовније примене радног односа са непуним радним временом.

**Vesna Bilbija, Mag.
Administrative Court of Republic of Serbia**

FLEXIBLE FORMS OF EMPLOYMENT – PART-TIME WORK

Summary

By the Law on Amendments and Supplements of the Labour Law from July 2014, a great number of provisions have been updated. In the Rationale of the Law Proposal it was stated, among other things, that there is a need to create a legal framework for a more flexible regulation of the relation between employers and employees, which would meet the needs of both employers and employees concerning the ordering of their interrelationships with the aim of incitement of employment and reduction of the black work market. During the past twenty years or so, due to great changes in the field of the global economy as well as social, technological and other conditions concerning work, the way of conducting labour relations has been changing too. Classical, permanent work relations have been destabilized and, so called, flexible forms are being more and more implemented.

Flexible work forms include: 1) part-time work; 2) temporary work; 3) temporary and odd jobs; 4) work from home and remote working; 5) temporary leasing of workers through agencies; 6) self-employment (whereby the work is done for a particular employer); 7) work for the employer based on civil law contracts.

The topic of this paper is the legal regulation of the part-time work in the Republic of Serbia and the challenges of implementation of this flexible form of employment.

Key words: *flexible forms of work, part-time employment, the position of women in the sense of the Labour Law, black work market, unemployment.*

Филип БОЈИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРИМЕНА КОЛЕКТИВНОГ УГОВОРА ОД СТРАНЕ ПОСЛОДАВЦА СЛЕДБЕНИКА**

Резиме

Предмет овог рада је анализа права запослених код промене послодавца са посебним освртом на проблем примене колективног уговора, закљученог између послодавца претходника и репрезентативног синдиката. Законски прописи Републике Србије, који су усклађени са Директивом Европске уније 2001/23, предвиђају да је послодавац следбеник обавезан да примењује одредбе колективног уговора послодавца претходника најмање годину дана од дана промене послодавца. Наведена одредба биће детаљно анализирана, а како би се указало и на евентуалне недостатке у практичној примени. Аутор указује и на проблеме са којима се синдикати сучавају у поступку колективног преговарања на нивоу послодавца, услед чега одредбе Закона које уређују примену колективног уговора од стране послодавца следбеника неретко остају мртво слово на хартији.

Аутор у другом делу рада покушава да проблематизује обавезу уплате доприноса у добровољне пензијске фондове, која се може предвидети колективним уговором код послодавца. Домаћи законодавац није извршио имплементацију одредбе Директиве којом се уређује наведена обавеза послодавца, те се поставља као питање да ли ће послодавац следбеник бити у обавези да настави са уплатом доприноса за добровољно пензијско осигурање све док је колективни уговор послодавца претходника на снази. Указује се да наведено питање мора добити одговарајући

* Рад је представљен на међународној конференцији „Restructuring of Companies and Protection of Employees' Rights: Views from the EU, Austria, Serbia and Macedonia“ организованој на Правном факултету Универзитета у Београду 2. марта 2017.

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

нормативни оквир у позитивним прописима Републике Србије, будући да тренутно постоји правна празнина.

Кључне речи: промена послодавца, послодавац претходник, послодавац следбеник, колективни уговор, добровољно пензијско осигурање.

Усвајањем Закона о раду Републике Србије 2005. године, а у циљу хармонизације домаћег законодавства са стандардима Европске уније, којима се регулишу индивидуални радни односи, законодавац по први пут предвиђа одредбе о положају запослених у случају промене послодавца. Наведеним нормама скоро да су у потпуности имплементиране одредбе Директиве Европске уније 2001/23/ЕС о заштити права запослених у случају преноса предузећа, посла или дела предузећа или дела посла (*Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of companies, businesses or parts of companies or businesses*). Одредбе наведене Директиве постале су саставни део радног законодавства држава чланица Европске уније, али и држава које су у процесу придруживања Европској унији.¹

Проблематика положаја запослених у случају промене послодавца је актуелна у комунитаном праву још од седамдесетих година двадесетог века, када је усвојена Директива бр 77/187/ЕЕЗ² од 14 фебруара 1977. о усклађивању права држава чланица о заштити права запослених у случају

1 Већина држава имплементирале су одредбе Директиве у прописе којима се регулишу индивидуални и колективни радни односи, односно одредбе о правима запослених код промене послодавца постале су саставни део закона којима се регулише општи режим радних односа. Наведено решење се уочава у законодавству Србије, Црне Горе, Хрватске, Македоније, Чешке, Француске, Летоније, Литваније, Мађарске, Пољске, Португала, Словачке. Међутим, поједине државе усвојиле су посебне законе којима се уређују права запослених у случају промене послодавца. *Exempli causa*, Кипар је права запослених код промене послодавца уредио Законом о заштити и обезбеђењу права запослених у случају преноса предузећа, посла или делова предузећа или дела посла. Наведени подаци преузети су из извештаја: *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*. In partnership with Middlesex University Business School, June, 2007, 3-7.

2 Директива 77/187 допуњена је Директивом бр. 98/50, како би на адекватан начин била уграђена и пракса Европског суда правде, настала тумачењем Директиве бр. 77/187. Бранко Лубарда, *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004, 283-284. Опширније о поступку усвајања наведених секундарних извора комунитарног права код: Roger Blanpain, *European Labour Law*, Kluwer, 2013, 843-870.

ју преноса предузећа, посла или делова предузећа или дела посла.³ Наведеној области се придаје посебан значај у комунитарном праву, јер се највећи број одлука Европског суда правде, поред случајева из области слободе кретања радника и забране дискриминације, односи на заштиту права запослених услед промене послодавца.⁴ Стога је постојала потреба да се ово питање уреди и нашим националним прописима. Уочено је да се услед различитих статусних промена, запослени налазе у неповољном положају, што се посебно одржава на њихова индивидуална и колективна права. Неретке су ситуације у којима је услед промене послодавца, запосленима престајао радни однос.⁵ У раду ће бити посебно анализиране законске одредбе које се односе на примену колективног уговора, закљученог између послодавца претходника и репрезентативног синдиката, од стране послодавца следбеника.

3 Права запослених код промене послодавца су први пут регулисана у Француској 1928. године, где се законом предвиђало да ће у случају промене послодавца услед продаје или фузије, сви уговори о раду који су постојали на дан промене наставити да производе дејство и између новог послодавца и запослених. Међутим, у Великој Британији је важило правило да уговор о раду ипак не може бити пренет на другог послодавца. Catherine Barnard, *EC Employment Law*, third edition, Oxford University Press, Oxford, 2006, 620.

Чини се занимљивим и решење предратног српског права. Стојан Бајич, позивајући се на одредбе Закона о радњама, наводи да противно општем начелу облигационог права цесија специјалних захтева из радног односа није могућа, јер је Законом из 1931. године експлицитно предвиђено да службодавац (послодавац) не може пренети на другог своје право да захтева службу. У наставку исти аутор наводи да „пренос власништва или на други начин правно основано преношење права на посао од службодавца на треће лице не проузрокује да нови имаоц долази на место ранијег предузетника и да продужује радни однос, јер је у питању уговор између службодавца и лица, које није ни у каквој правној вези са службопримцем (запосленим). Да би дошло до прелаза (преноса) службеног односа на новог имаоца потребан је уговор између службопримца и новог имаоца, али је потребно да се претходно раскине ранији службени однос, јер у противном исти траје и даље према ранијем службодавцу“. Стојан Бајич, *Основи радног права, општи део*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд, 1937, 81-82.

4 Професор Рајсенхубер је става да су основни разлози за овако велики број одлука Европског суда правде, економски значај директиве, као и њена нејасноћа и несистематичност. Karl Reisenhuber, *European Employment Law*, Intersentia, 2012, 567.

5 О заштити од отказа у случају промене послодавца, опширније код: Љубинка Ковачевић, *Валјани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 476-489.

I Обавезе послодавца следбеника у погледу примене колективног уговора послодавца претходника

Неспорно је да је једно од основних колективних права запослених право на колективно преговарање, што подразумева и могућност закључивања колективних уговора, којима се између осталог обезбеђује већи обим права за запослене у односу на права гарантована законским прописима.⁶ Закон о раду предвиђа да се колективни уговор може закључити као општи, посебни и код послодавца.⁷ Колективни уговор код послодавца, који је предмет нашег истраживања, закључују послодавац и репрезентативни синдикат код послодавца.⁸ За разлику од претходног Закона о раду, усвојеног 2001. године, који је предвиђао да се колективни уговор може закључити на одређено или неодређено време, актуелни Закон предвиђа да се колективни уговор може закључити само на одређено време, односно на период до три године.⁹ Поставља се као кључно питање, које ће бити предмет истраживања, да ли је у случају промене послодавца, до које долази, како Закон о привредним друштвима предвиђа услед статусне промене, послодавац следбеник обавезан да по извршеној промени и даље примењује одредбе колективног уговора који је закључио послодавац претходник.¹⁰

6 Опширније о колективним уговорима и колективном преговарању види код: Бранко Лубарда, *Колективни уговори о раду, упоредно право, теорија, пракса*, Радничка штампа, Београд, 1990.

Наведено право предвиђено је и најзначајнијим међународним и регионалним стандардима, ратификованим и од стране Републике Србије: Ревидираном европском социјалном повељом (чл. 6, право на колективно преговарање), Конвенцијом бр. 98 Међународне организације рада о праву на организовање и колективно преговарање.

7 Закон о раду – ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 и 13/2017 – одлука УС, чл. 241.

8 ЗР, чл. 248.

Домаћим прописима предвиђено је да је репрезентативни синдикат код послодавца синдикат у који је учлањено најмање 15% запослених од укупног броја запослених код послодавца. Одлуку о репрезентативности синдиката на нивоу послодавца доноси послодавац у присуству представника заинтересованих синдиката. ЗР, чл. 219, ст. 1 и чл. 223, ст. 1.

9 Закон о раду Републике Србије из 2001. године предвиђао је да се колективни уговор може закључити на одређено или неодређено време. Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 70/2001 и 73/2001 – испр, чл. 151.

10 Закон о привредним друштвима разликује следеће статусне промене: припајање, спајање, поделу и издвајање. Уочава се да актуелни Закон садржи само једну одредбу, која се односи на положај запослених у случају статусне промене и предвиђа да запослени у друштву прениоцу који су уговором о статусној промени, односно планом поделе распоређени у друштво стицаоца настављају да раде у том друштву у складу са прописима о раду. Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015,

Закон о раду експлицитно предвиђа у одељку који носи назив права запослених код промене послодавца, да у случају статусне промене, односно промене послодавца, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника општи акт и све уговоре о раду који важе на дан промене послодавца.¹¹ Законска обавеза послодавца претходника је да послодавца следбеника потпуно и истинито обавести о правима и обавезама из општег акта и уговора о раду који се преноси.¹² Пре извршених измена и допуна Закона о раду из 2014. године, чл. 152 Закона је било предвиђено да се одредбе закона о правима запослених у случају промене послодавца примењују и у случају промене власништва над капиталом привредног друштва или другог правног лица.¹³ Наведена одредба уочава се и даље у појединим законодавствима, па тако новоусвојени Закон о раду Републике Српске предвиђа идентичну одредбу као и Закон о раду Републике Србије пре усвојених измена и допуна.¹⁴ Чини се да се не може донети одговарајући закључак зашто је дошло до брисања наведене одредбе из законских прописа, који уређују материју положаја запослених у случају промене по-

чл. 485 и чл. 505, тач. 6. О наведеној теми опширније код: Мирко Васиљевић, *Компанијско право, право привредних друштава*, 8. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 519-534.

Говићева, анализирајући стање у хрватском праву, тврди да би дошло до преношења привредног друштва или дела привредног друштва, потребно је да постоји или статусна промена или неки правни посао који до преноса доводи *ex lege*. Најчешћи правни посао којим се привредно друштво или његов део преносе је продаја предузећа или дела предузећа на коју се примењују одредбе Закона о облигационим односима. Међутим сви правни послови не доводе и до промене послодавца, односно преноса свих уговора о раду и општих аката. Iris Gović, „Prenošenje ugovora o radu na novog poslodavca“, *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Željko Potočnjak), Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator, Zagreb 2007, 326 и 332.

11 ЗР, чл. 147.

12 ЗР, чл. 148.

13 Како Ивошевић наводи „до ове промене долази како у приватизацији друштвеног или државног капитала, тако и у промету приватизованог капитала привредних друштава и других правних лица“. Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, Београд, 2007, 282.

Професорка Ковачевић оправдано сматра да „промена власништва над капиталом привредног друштва не представља његову статусну промену, јер не повлачи промену субјективности друштва чији је капитал предмет приватизације, већ се, у овом случају, при постојећем статусу, мења само власнички елемент. У позитивном праву изостаје сходна примена правила о заштити права запослених код промене послодавца на случајеве промене власништва над капиталом привредног друштва или другог правног лица, у складу са Законом о приватизацији.“ Љ. Ковачевић (2016), 480.

14 Закон о раду Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/2016, чл. 159.

слодавца. Сам законодавац је пружио образложење приликом доношења измена и допуна Закона, које се не чини убедљивим.¹⁵

Експлицитно се Законом предвиђа да је послодавац следбеник у обавези да примењује општи акт послодавца претходника најмање годину дана од дана промене послодавца.¹⁶ Имајући у виду да се колективни уговор може само закључити на одређено време, у трајању не дужем од три године, послодавац следбеник у обавези је да примењује колективни уговор минимум годину дана од дана промене, уз то да је примена ограничена на три године од дана закључења уговора између репрезентативног синдиката и послодавца претходника. Није за очекивати у пракси, да ће послодавац следбеник бити спреман да примењује одредбе колективног уговора дуже од годину дана, посебно ако су уговорени услови рада који би подразумевали додатне трошкове за новог послодавца.

Међутим, законски прописи предвиђају два изузетка од горе наведене одредбе, Послодавац следбеник неће бити у обавези да примењује општи акт послодавца најмање још годину дана од дана промене, ако пре истека тог рока истекне време на које је закључен колективни уговор код послодавца претходника или ако код послодавца следбеника буде закључен нови колективни уговор.¹⁷ Споменута Директива ЕУ 2001/23, која је представљала основни извор приликом усвајања одредби Закона о раду које се односе на права запослених код промене послодавца, предвиђа да након извршене промене, послодавац следбеник наставља да примењује колективни уговор послодавца претходника, све до дана укидања или истека колективног уговора или ступања на снагу или примене другог колективног уговора, уз то да државе чланице могу ограничити време примене колективног уговора, али под условом да није краће од годину дана.¹⁸ Примењује се да се приликом усвајања Директиве имало у виду да се

15 У образложењу законодавца се наводи „да се члан 152. брише јер промена власништва над капиталом, куповина и продаја акција нема за последицу промену послодавца у смислу чл. 147-151. Закона о раду“. Образложење законодавца је доступно на сајту Народне скупштине Републике Србије: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2344-14.pdf, 11.4.2017, 44.

16 ЗР, чл. 150.

17 ЗР, чл. 150.

18 Директива Европске уније 2001/23/ЕЦ о заштити права запослених у случају преноса предузећа, посла или дела предузећа или дела посла (*Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of companies, businesses or parts of companies or businesses*; даље у фуснотама: Council Directive 2001/23/EC) чл. 3, тач. 3.

у појединим правним системима, колективни уговори закључују и на одређено време. Велики број држава, које су извршиле имплементацију наведене Директиве, ограничиле су примену колективног уговора од стране послодавца следбеника на минимум годину дана.¹⁹

Прва ситуација, која ослобађа послодавца следбеника од примене колективног уговора је више него једноставна. Следствено чињеници да се колективни уговори у нашем правном систему закључују на одређено време, у случају да уговор престане да важи пре него што прође годину дана од промене послодавца, послодавац следбеник неће бити у обавези да примењује одредбе колективног уговора закљученог код послодавца претходника од тренутка када уговор престане да важи. Код друге ситуације, може се очекивати да по извршеној промени, послодавац следбеник позове репрезентативни синдикат на преговоре, а у циљу закључења новог колективног уговора, који би верујемо садржао одредбе које су повољније за запослене, него што су одредбе колективног уговора закљученог код послодавца претходника. Наведено се може закључити, јер се не може очекивати да репрезентативни синдикат прихвати услове рада, који су неповољнији у односу на услове предвиђене претходним колективним уговором, који је послодавац следбеник у обавези да примењује најмање годину дана од извршене промене. Могуће је и да ће послодавац следбеник понудити идентичне, односно сличне услове за запослене, као и у претходном колективном уговору, али да ће у циљу одржавања континуитета и даље примене колективног уговора, репрезентативни синдикат прихватити понуду послодавца. Дакле, у споменутој ситуацији, колективни уговор закључен код послодавца претходника престаје да важи усвајањем новог колективног уговора, који се закључује на период до три године и којим се за запослене обезбеђује одређени вид стабилности и

19 Примена колективног уговора од стране послодавца следбеника ограничава се на годину дана и у прописима Немачке, Аустрије, Шпаније, Пољске, Кипра, Словеније, Хрватске, Црне Горе и Републике Српске. Уочавају се и одређени изузеци, те се Законом о раду Француске предвиђа обавеза за послодавца следбеника да примењује колективни уговор о раду закључен код послодавца претходника 15 месеци од дана промене или до усвајања новог колективног уговора, чијим ступањем на снагу, престаје аутоматски да важи претходни колективни уговор. У Луксембургу, Холандији, Словачкој, законодавац не предвиђа временски лимит важења колективног уговора код послодавца следбеника од тренутка извршене промене, те ће се одредбе колективног уговора закљученог код послодавца претходника примењивати до истека рока на који је уговор закључен а под условом да послодавац следбеник не закључи нови колективни уговор са репрезентативним синдикатом. *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of business*, 29-43.

континуитета у погледу већег обима права и повољнијих услова рада него што је то предвиђено законским одредбама.

Поставља се као питање да ли послодавац следбеник може правилником о раду да уреди права, обавезе и одговорности из радног односа у случају да не дође до закључивања колективног уговора са репрезентативним синдикатом, а није прошло годину дана од промене послодавца. Наравно, под претпоставком да су послодавац следбеник и синдикат претходно започели поступак преговарања ради закључивања новог колективног уговора. Уочава се вредно пажње Мишљење Министарства рада у којем се јасно наводи да у случају да репрезентативни синдикат започне преговоре са новим послодавцем, а у циљу закључивања новог колективног уговора, а под претпоставком да преговори не успеју, односно ако се не постигне сагласност уговорних страна за закључење новог колективног уговора, а све уз претпоставку да није протекла година дана од дана промене послодавца, послодавац следбеник неће моћи да донесе правилник о раду, већ у том случају на снази и даље остаје колективни уговор послодавца претходника.²⁰ Поводом наведеног питања, ваљало би указати и на одлуку Уставног суда Републике Србије, донету поводом иницијативе за оцену законитости поступка доношења правилника о раду, усвојеног од стране послодавца следбеника. Уставни суд је утврдио да су у наведеном случају били испуњени законом прописани услови да се права, обавезе и одговорности из радног односа уреде правилником о раду, имајући у виду да послодавац и репрезентативни синдикат нису постигли сагласност за закључење колективног уговора у року од 60 дана од дана започињања преговора, а уједно је утврђено да је послодавац следбеник претходно извршио законску обавезу о примени колективног уговора послодавца претходника најмање годину дана од дана промене послодавца и да стога није био дужан да и даље примењује колективни уговор

20 Мишљење Министарства рада број 011-00-2283/2006-02. Преузето из: Драгољуб Симоновић, *Радноправна читанка, прва књига*, Службени гласник, Београд, 2009, 452.

Ваљало би напоменути да се Законом о раду експлицитно предвиђају ситуације у којима послодавац може донети правилник о раду, а у склопу своје нормативне власти: „ако код послодавца није основан синдикат или ниједан синдикат не испуњава услове репрезентативности или није закључен споразум о удруживању у складу са законом; ако ниједан учесник колективног уговора не покрене иницијативу за почетак преговора ради закључивања колективног уговора; ако учесници колективног уговора не постигну сагласност за закључивање колективног уговора у року од 60 дана од дана започињања преговора; ако синдикат у року од 15 дана од дана достављања позива за почетак преговора за закључивање колективног уговора, не прихвати иницијативу послодавца“. ЗР, чл. 3, ст. 2.

у чијем је закључивању учествовао послодавац претходник.²¹ Стога је након истека годину дана од дана промене послодавца надлежни орган код послодавца могао да донесе правилник о раду, којим ће уредити права, обавезе и одговорности из радног односа.

Међутим, и поред усвојених законских решења, којим је извршена хармонизација са стандардима Европске уније, неопходно је сагледати реалну слику у Републици Србији, те указати на податке да је тренд колективног преговарања и закључивања колективних уговора на нивоу послодавца у константном паду, чиме наведене законске одредбе остају мртво слово на хартији. Нису доступни подаци о броју закључених колективних уговора код послодавца, јер сходно законским одредбама, обавезној регистрацији код министарства надлежног за послове рада подлежу само општи и посебни колективни уговори.²² Стога је неопходно предвидети и обавезну регистрацију колективних уговора код посло-

21 Уставном суду поднета је иницијатива за покретање поступка за оцену уставности одредбе члана 38 Правилника о раду Хипол а.д. – Оџаци од 21. јануара 2008. године и оцену законитости поступка доношења оспореног Правилника. Наведено је да је одредба члана 38. Правилника у супротности са одредбама чл. 196. и 197. Устава, јер је примена оспореног Правилника почела ретроактивно, односно пре његовог објављивања. Иницијатор је сматрао и да је оспорени Правилник несагласан са одредбама чл. 3 и чл. 150 Закона о раду, из разлога што претходно послодавац није закључио колективни уговор са репрезентативним синдикатом, нити је отказао Појединачни колективни уговор у предузећу од 8. марта 2004. године, закључен на неодређено време, на начин предвиђен самим колективним уговором. Уставни суд је оценио да су, у конкретном случају били испуњени законом прописани услови да се права, обавезе и одговорности из радног односа уреде оспореним Правилником о раду, имајући у виду да учесници колективног уговора, односно послодавац и репрезентативни синдика нису постигли сагласност за закључење колективног уговора у року од 60 дана од дана започињања преговора. Узевши у обзир одредбе члана 150 Закона о раду, послодавац следбеник је био у обавези да примењује појединачни колективни уговор о раду (Закон о раду из 2001. године је користио термин појединачни колективни уговор за колективне уговоре који су закључивани на нивоу послодавца, напомена ФБ) закључен 8. марта 2004. године, најмање годину дана од дана закључења уговора о продаји друштвеног капитала Предузећа АД Хемијска индустрија ХИПОЛ Оџаци у реструктурирању. Имајући у виду да послодавац следбеник није дужан да примењује колективни уговор у чијем је закључену учествовао послодавац претходник након истека годину дана од дана промене послодавца, те да је оспорени Правилник донео орган овлашћен законом и након истека законом прописаног рока важења колективног уговора, поступак доношења оспореног Правилника није несагласан са законом, те није прихваћена иницијатива за покретање поступка за утврђивање незаконитости поступка доношења Правилника о раду Хипол а.д. – Оџаци од 21. јануара 2008. године. Одлука Уставног суда, IУ број 44/2008 од 18. децембра 2008. године, објављено у *Службеном гласнику РС*, бр. 9/2009 од 6. фебруара 2009. године.

22 ЗР, чл. 267, ст 1.

давца, како бисмо располагали релевантним статистичким подацима о броју закључених колективних уговора између послодавца и репрезентативног синдиката. Проблем представља и чињеница да послодавци у великом броју случајева не прихватају иницијативу репрезентативног синдиката за приступање преговорима за закључење колективног уговора.

Стопа синдикализације такође бележи тренд опадања, а услови за репрезентативност синдиката на нивоу послодавца, посебно квантитативни услови, су престрого постављени, те је мали број синдиката, услед свеprisутне плурализације синдиката, у могућности да услове и испуни.²³ Наведени законски услови били су предмет критика и Комитета за слободу удруживања Међународне организације рада, те је заузет став да високо постављени услови отежавају стицање репрезентативности, развој социјалног дијалога и колективно преговарање.²⁴ Професорка Ковачевић сматра да актуелна законска решења афирмишу једнострано уређивање права, обавеза и одговорности из радног односа и онда када нису претходно исцрпљене све могућности да предметна питања буду уређена споразумом социјалних партнера, јер долази од одступања од Препоруке Међународне организације рада број 91 о колективним уговорима, којом је указано да послодавац који не може да закључи колективни уговор са репрезентативним синдикатом може да преговара са изабраним радничким представницима и да са њима закључи колективни уговор.²⁵ Сматрамо да би у случају имплементације наведене одредбе Препоруке Међународне организације рада засигурно било више закључених колективних уговора код послодавца, а услед тога би се и одредбе Закона о раду о положају запослених код промене послодавца чешће примењивале.

Имајући у виду чињеницу да се колективни уговори састоје из нормативног и облигационог дела, поставља се као питање да ли је послодавац следбеник обавезан да примењује и облигациони и нормативни део колективног уговора. Нормативним делом уређују се услови рада код послодавца, односно права, обавезе и одговорности запослених на које се односи колективни уговор, док су предмет облигационог дела колектив-

23 Професор Лубарда наводи да нема поузданих података о стопи синдикализације у Републици Србији, али се процењује да је мање од 30% запослених синдикално организовано. Бранко Лубарда, *Радно право, расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 819.

24 Б. Лубарда (2012), 848.

25 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 172-173.

ног уговора односи социјалних партнера, односно уговорних страна које су закључиле колективни уговор.²⁶ Наведено питање није регулисано законом, а одговор се не налази ни у радовима релевантних аутора. Премда изостају прецизне законске норме о наведеном питању, претпостављамо да ће послодавац следбеник бити у обавези да примењује и облигациони и нормативни део колективног уговора. Сматрамо да одредбе облигационог дела колективног уговора могу бити неповољне посебно за послодавца следбеника, јер се наведеним одредбама уређују међусобни односи социјалних партнера, а нови послодавац није могао да утиче на то. Стога је важно да послодавац следбеник добије од послодавца претходника потпуна и истинита обавештења о правима и обавезама која настају из колективног уговора, посебно о обавезама које је послодавац претходник преузео приликом закључивања колективног уговора, а које су постале саставни део облигационог дела колективног уговора.

Поједини радноправни системи нуде занимљиво решење у погледу примене колективног уговора од стране послодавца следбеника, а у циљу промовисања начела веће повољности за запослене (*in favorem laboratoris*). *Exempli causa*, законским прописима Краљевине Шпаније, којим се уређује положај запослених у случају промене послодавца, предвиђа се да у случају да је до промене дошло услед припајања, а послодавац следбеник је са својим репрезентативним синдикатом закључио колективни уговор који садржи повољније одредбе и услове рада за запослене у односу на колективни уговор који је закључио послодавац претходник, на запослене ће се примењивати одредбе колективног уговора послодавца следбеника.²⁷ Стога послодавац следбеник неће бити у обавези да примењује одредбе колективног уговора закљученог код послодавца претходника још минимум годину дана, јер је запосленима самим чином промене и проширењем дејства колективног уговора обезбеђен већи обим права и повољнији услови рада. Слична одредба уочава се и у законодав-

26 Б. Лубарда (2012), 887.

27 С. Barnard (2006), 658-659.

Уочава се и Мишљење Министарства рада и социјалне политике, којим је заузет став да у „случају промене послодавца на преузете запослене примењује се затечени колективни уговор послодавца претходника, а на друге запослене који нису преузети од послодавца претходника примењује се колективни уговор послодавца следбеника“. Предлаже се да послодавац следбеник и репрезентативни синдикат започну преговоре за закључење новог колективног уговора, којим би се на јединствен начин регулисала права, обавезе и одговорности свих запослених код послодавца. Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-113/2008-02 од 20.2.2008. године.

ствима Кипра, Мађарске и Литваније.²⁸ Сматрамо да наведено законско решење заслужује своје место и у радном законодавству Републике Србије, а како би се за запослене обезбедили бољи услови рада у случају да је послодавац следбеник претходно закључио колективни уговор са својим запосленима, који садржи повољније одредбе него колективни уговор послодавца претходника.

II Уплата доприноса за добровољно пензијско осигурање од стране послодавца следбеника

Закон о раду предвиђа да послодавац може запосленима уплаћивати премију за добровољно додатно пензијско осигурање, а у циљу спровођења квалитетне додатне социјалне заштите.²⁹ Колективним уговором закљученим код послодавца може се предвидети обавеза за послодавца да током важења колективног уговора уплаћује доприносе за допунско социјално осигурање у добровољне пензијске, односно добровољне здравствене фондове. Одредбе колективног уговора којима се утврђује обавеза за послодавца да уплаћује доприносе за допунско социјално осигурање, пензијско и здравствено, сврставају се у одредбе нормативног дела колективног уговора.³⁰ Поставља се питање да ли ће послодавац следбеник бити у обавези да настави са уплатом доприноса за добровољно пензијско осигурање, а имајући у виду одредбе Закона о раду којима се регулише положај запослених код промене послодавца. Професор Лубарда сматра, а у погледу заштите колективних права запослених услед промене послодавца, да се у погледу права по основу допунског, од стране послодавца претходника утврђеног, приватног осигурања – пензијског, инвалидског или животног осигурања јавља изузетак од принципа стечених права.³¹

Директивом 2001/23 се јасно предвиђа да се одредбе о преносу колективног уговора не примењују на права запослених на престације за случај старости, инвалидности или смрти осигураника, а на основу до-

28 *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 29-43.

29 ЗР, чл. 119, ст. 5.

30 Б. Лубарда (2012), 892.

31 Бранко Лубарда, „Радноправни аспекти реорганизације послодавца и корпоративно управљање“, *Корпоративно управљање* (ур. Мирко Васиљевић и Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, 221.

бровољног пензијског осигурања, који функционише изван законских оквира система социјалног осигурања држава чланица.³² Стога се Директивом не предвиђа дужност послодавца следбеника да преузме уговорене обавезе и по основу ранијег допунског, компанијског или интеркомпанијског осигурања.³³ Међутим, наш законодавац није извршио имплементацију наведене одредбе Директиве, те је наведено питање остало неуређено националним прописима.

Ваљало би напоменути да су добровољни пензијски фондови, односно трећи стуб пензијског осигурања, у Републици Србији успостављени Законом о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима, који је усвојен 2005. године неколико месеци по усвајању Закона о раду и којим се детаљно регулише поступак оснивања и организовања добровољних пензијских фондова.³⁴ Имајући у виду да се Законом о раду по први пут регулише питање примене колективног уговора од стране послодавца следбеника, а да у време усвајања није на снази била регулатива којом се уређује функционисање приватних пензијских фондова, претпоставља се да је можда то један од разлог због којег у Закон није имплементирана и одредба Директиве о уплати доприноса у добровољне пензијске фондове. Актуелни подаци Народне банке Србије указују да у добровољне пензијске фондове доприносе уплаћује око 183.000 корисника, а највећи број уплата врши се преко послодавца који својим запосленима уплаћују средства у фондове.³⁵

32 Council Directive 2001/23/EC, чл. 3, тач. 4.

33 Бранко Лубарда (2004), 290.

34 Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005 и 31/2011.

35 Према подацима Народне банке Србије на крају четвртог тромесечја 2016. године, у фази акумулације налази се 183 553 корисника, а учешће корисника услуга пензијских фондова у укупном броју запослених износи 9,5%. У извештају се наводи да „велики потенцијал за даљи раст броја чланова пензијских фондова је управо у компанијама с великим бројем запослених. На овај начин запослени, односно послодавци, могу остварити уштеде, обзиром да се уплата пензијског доприноса у добровољне пензијске фондове из средстава послодавца ослобађа плаћања пореза на доходак грађана и доприноса за обавезно социјално осигурање до износа од 5.50117 динар по запосленом месечно, као и да се уплате у истом износу које послодавац врши путем административне забране, обуставом и плаћањем из зараде запосленог, ослобађају плаћања пореза. Наведене олакшице представљају додатни вид стимулације за запослене и послодавце да један део издвајања за зараде усмере ка штедњи у добровољним пензијским фондовима“. У Извештају се не наводи податак о броју колективних уговора, којима се предвиђа обавеза уплате доприноса за добровољно пензијско осигурање. Народна банка Србије, Сектор добровољних пензијских фондова у Србији, Извештај за четврто тро-

Примећује се да велики број држава чланица Европске уније није извршило имплементацију наведене одредбе Директиве у своје национално законодавство. Поједине државе регулисале су наведено питање у циљу заштите запослених, док су остале државе имплементирале одредбу и тиме ослободиле од обавезе послодавца следбеника да уплаћује допринос за додатно пензијско осигурање. Такође се уочава да ниједна од држава насталих на простору некадашње СФРЈ није регулисала наведено питање, те је приметно присуство правне празнине. Следствено томе, да домаћи законодавац није извршио имплементацију наведене одредбе, а подразумева се да не постоји директно дејство директива Европске уније, сматрамо да би у случају да је колективним уговором послодавца претходника предвиђена обавеза уплате доприноса у добровољне пензијске фондове, послодавац следбеник би био дужан да настави да извршава наведену уговорену обавезу све док је колективни уговор на снази.

III Закључак

Под претпоставком да се неће наставити опадајући тренд у погледу броја закључених колективних уговора код послодавца и да ће се имплементирани одредбе Директиве применити у свим случајевима промене послодавца, ваљало би прецизирати поједине одредбе Закона о раду, а у циљу обезбеђења већих гаранција за запослене приликом промене послодавца. Посебно би било корисно да се прецизирају норме о примени колективног уговора о раду, а како би се обезбедио већи обим права за запослене приликом појединих статусних промена, посебно приликом припајања, а у случају да је и код послодавца следбеника на снази колективни уговор о раду који садржи повољније одредбе за запослене.

Поводом уплате доприноса за добровољно пензијско осигурање од стране послодавца следбеника, из наведеног се може закључити да у нашем закону, али уједно и у законским прописима земаља из региона где се такође успостављају добровољни пензијски фондови у последњих петнаест година, постоји очигледна правна празнина и да је стога домаћи законодавац у обавези да током евентуалних измена и допуна Закона о раду уреди питање уплате доприноса у добровољне пензијске фондове у случају да је наведена обавеза предвиђена закљученим колективним уговором послодавца претходника. Две су могућности за решавање уоченог проблема и самим тим увођења нормативног оквира за наведено питање.

Прва могућност огледа се у прихватању решења из Директиве, којим се предвиђа да послодавац следбеник није дужан да настави са уплатом доприноса за добровољно пензијско осигурање, или да се у циљу унапређења заштите права запослених услед реструктуирања, односно промене послодавца, предвиди експлицитна обавеза уплате доприноса у добровољне пензијске фондове и од стране послодавца следбеника све док је колективни уговор послодавца претходника на снази.

Filip VOJIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

THE APPLICATION OF COLLECTIVE AGREEMENT BY THE SUCCEEDING EMPLOYER

Summary

The subject of this paper is to analyze employees' rights when changing employers, with special emphasis on the problem of application of the collective agreement, entered between the predecessor employer and the representative trade union. The legislation of the Republic of Serbia, which are consistent with the Directive EU 2001/23 provide that the succeeding employer is obliged to apply the provisions of the collective agreement of the predecessor employer for at least one year from the date of changing the employer. That provision will be analyzed in detail in order to indicate any shortcomings in practice. The author points out the problems the unions are facing with in the collective negotiation process at the level of the employer, due to which the provisions of the Law governing the application of the collective agreement by the succeeding employer often remain on paper.

In the second part of the paper, the author is trying to analyze the problem of the obligation to pay contributions to the voluntary pension funds, which can be contemplated by the collective agreement with the employer. National legislator has failed to implement the provisions of the Directive governing this obligation of the employer, thus raising a question as to whether the succeeding employer will be obliged to continue paying contributions for voluntary pension insurance until the predecessor employer's collective agreement is in force. It is indicated that this question has to receive an appropriate regulatory framework in the applicable laws of the Republic of Serbia, since there is currently a legal vacuum.

Key words: *change of employer, predecessor employer, succeeding employer, collective agreement, voluntary pension insurance.*

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